UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DE

L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

EN TANT QU'ELLE PEUT AVOIR POUR OBJET

DES BIENS A VENIR

THÈSE DE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Mardi 5 Juillet 1898, à 3 heures, dans la salle des Actes publics de la Faculté

PAR

Firmin ROUHET

POITIERS
IMPRIMERIE BLAIS ET ROY
7, RUE VICTOR-HUGO, 7

1898

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547313_0027

DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

EN TANT QU'ELLE PEUT AVOIR POUR OBJET

DES BIENS A VENIR

UNIVERSITÉ DE POITIERS

MM. Le Courtois (✻, I ❍), Doyen, Professeur de Droit civil.

Ducrocq (O ✻, I ❍), Doyen honoraire, Professeur honoraire, Professeur à la Faculté de Droit de Paris, Correspondant de l'Institut.

Thézard (I ❍), Doyen honoraire, Professeur de Droit civil, Sénateur.

Arnault de la Ménardière (I ❍), Professeur de Droit civil.

Normand (I ❀), Professeur de Droit criminel, assesseur du Doyen.

Parenteau-Dubeugnon (I ❍), Professeur de Procédure civile.

Arthuys (I ❍), Professeur de Droit commercial et chargé du Cours de Droit maritime.

Bonnet (I ❀), Professeur de Droit romain, chargé du Cours de Pandectes (Doctorat).

Petit (I ❀), Professeur de Droit romain, chargé du Cours de Science et Législation financières.

Barrilleau (I ❀), Professeur de Droit administratif et chargé d'un Cours de Droit administratif pour le Doctorat.

N..., Professeur d'Economie politique.

Surville (I ❍), Professeur de Droit international public et privé, et chargé d'un Cours de Droit civil.

Prévot-Leygonie (A ❀), Professeur d'Histoire du Droit public (Doctorat), de Principes du Droit public et de Droit constitutionnel comparé (Doctorat); chargé du Cours de Droit international public (2e année).

Michon, Professeur adjoint, chargé des Cours d'Histoire générale du Droit français et d'Eléments du Droit constitutionnel (1re année), et du Cours d'Histoire du Droit (Doctorat).

Chéneaux, Agrégé, chargé des Cours d'Economie politique (Doctorat), d'Histoire des Doctrines économiques et de Législation et Economie rurales.

Girault (A ❍), Agrégé, chargé du Cours d'Economie politique et du Cours de Législation et Economie coloniales.

Roche (I ❍), Secrétaire.

Coulon (I ❀), Secrétaire honoraire.

COMMISSION

Président : M. Arnault de la Ménardière.

Suffragants : MM. Le Courtois, doyen.
Girault, agrégé.

UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DE

L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

EN TANT QU'ELLE PEUT AVOIR POUR OBJET

DES BIENS A VENIR

THÈSE DE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Mardi 5 Juillet 1898, à 3 heures, dans la salle des Actes publics de la Faculté

PAR

Firmin ROUHET

POITIERS
IMPRIMERIE BLAIS ET ROY
7, RUE VICTOR-HUGO, 7

1898

DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

EN TANT QU'ELLE PEUT AVOIR POUR OBJET

DES BIENS A VENIR

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE

Droit romain. — La première forme de la sûreté réelle, chez les Romains, fut l'aliénation avec « fiducie », par laquelle le débiteur transférait à son créancier la propriété du bien qu'il lui remettait en garantie ; et de son côté le créancier s'engageait par la clause de fiducie à lui restituer sa chose, lorsqu'il serait payé.

A l'aliénation avec « fiducie » succéda le pignus ou contrat de gage, par lequel le débiteur transférait au créancier seulement la possession du bien engagé.

Ces sûretés réelles comportaient par leur nature même, par la mancipation, « cessio in jure » ou tradition qui en était l'instrument, le système de la

spécialité, c'est-à-dire qu'elles ne pouvaient s'appliquer qu'à des biens présents et individuellement déterminés. Elles offraient une garantie suffisante au créancier, mais elles présentaient pour le débiteur de graves inconvénients ; elles le privaient de la jouissance de la chose ; de plus, quelle que fût la valeur de cette chose, il n'était possible de l'affecter qu'à la garantie d'une seule créance, puisque la tradition ne pouvait en être faite à aucun autre créancier.

Il fallait trouver une sûreté réelle qui, tout en donnant garantie suffisante au créancier, serait moins préjudiciable au débiteur. Ce fut le préteur, qui, fidèle à son rôle de compléter et corriger le droit civil, créa l'hypothèque.

Le débiteur va pouvoir désormais, par une simple convention, sans se dépouiller de la possession de la chose, l'affecter à la garantie de la dette qu'il contracte. Grâce à l'hypothèque, les intérêts du créancier et du débiteur sont heureusement conciliés : le créancier n'acquiert ni la propriété, ni la possession de la chose, mais un droit réel spécial qui lui permet au moment opportun, c'est-à-dire s'il n'est pas payé à l'échéance, de se faire mettre en possession.

A l'origine, à raison de ses nombreux rapports avec le gage, l'hypothèque paraît avoir été spéciale; mais bientôt le besoin se manifesta d'engager tous

les biens présents et à venir. Vers la fin de l'époque classique, Papinien nous montre une hypothèque conventionnelle générale : « Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quæsitorum recepta est(1)». L'hypothèque spéciale ne pouvait porter que sur des biens présents; l'hypothèque générale, au contraire, pouvait porter sur des biens présents et à venir. C'est ce que nous dit Gaius (loi 15 § 1, D. *De pign. et hyp.*, xx, 1) : « Quod dicitur creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse ; ad eam conventionem pertinet quæ specialiter facta est, non illam quæ cottidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecæ nomine datis cætera etiam bona teneantur debitoris quæ nunc habet et quæ postea adquisierit, perinde atque si specialiter hæ res fuissent obligatæ. »

Cependant les biens à venir pouvaient être hypothéqués spécialement sous la condition qu'ils entreraient dans le patrimoine du débiteur. C'est ce que nous dit Marcien (loi 16 § 7, *De pign. et hyp.* D., xx, 1): « Aliena res utiliter potest obligari sub conditione, si debitoris facta fuerit. »

Dans le cas d'hypothèque de tous les biens, il fallut d'abord une convention expresse pour qu'on pût y comprendre les biens à venir, mais cette conven-

(1) Loi 1, pr. *De pign. et hyp.* D., XX, 1.

tion une fois admise, on en usa à tel point qu'elle ne tarda pas à devenir une clause de style (Paul, *Sent.*, V, 6, 16), « omnia quæ habeo et habiturus sum, » biens présents et à venir, telle fut la formule usitée. En présence d'un usage aussi constant, Justinien trancha le doute qui pouvait résulter de certaines expressions telles que celles-ci : « fide et periculo rerum, ad pertinentium, vel per earum exactionem satisfieri tibi promitto, » dans le sens de la constitution présumée des biens à venir (1).

Quelle fut l'origine de cette hypothèque conventionnelle générale?

Pour M. Jourdan, ce fut l'hypothèque générale du fisc qui servit de modèle à l'hypothèque « omnium bonorum » établie par convention entre particuliers (2).

Nous croyons plus aisé d'expliquer l'apparition de l'hypothèque générale par les défectuosités du système hypothécaire romain. Nous savons, en effet, qu'à Rome le principe de la publicité était inconnu. Or quelle garantie pouvait offrir une hypothèque spéciale accordée à un créancier qui ignorait s'il n'existait pas sur l'immeuble des hypothèques antérieures absorbant son gage ? L'absence de publicité obligeait le créancier, s'il voulait avoir une garantie sérieuse, à la réclamer exagérée. Aussi demandait-

(1) L. 9 C., *Quæ res pign.*, VIII, 17.
(2) Jourdan, *l'Hypothèque*, p. 303.

il au débiteur de faire porter l'hypothèque sur tous ses biens présents, et même sur tous ses biens à venir.

Cette hypothèque générale n'est cependant pas une hypothèque du patrimoine du débiteur ; autrement on pourrait en conclure qu'elle aura pour objet le patrimoine du débiteur tel qu'il sera au moment de l'exercice de l'*actio hypothecaria*. Il faut, comme le dit M. Jourdan, se la représenter comme une réunion d'hypothèques spéciales, d'où une double conséquence : 1° l'objet qui en fait partie, étant aliéné, « cum suo onere transit » ; 2° le créancier à hypothèque générale peut s'en prendre à tel bien qui lui plaît, sans qu'un créancier à hypothèque spéciale sur ce bien puisse lui objecter que le reste des biens suffit à le désintéresser (1).

Un créancier pouvait avoir à la fois une hypothèque générale et une hypothèque spéciale; il devait alors se payer sur les choses qui lui étaient spécialement affectées; et ensuite, mais seulement en cas d'insuffisance des premières, sur les autres biens du débiteur.

Enfin, au cas d'hypothèque générale portant sur biens à venir comme sur biens présents, le droit hypothécaire n'atteignait les biens à venir qu'au fur et à mesure de leur entrée dans le patrimoine du débiteur ; mais au cas de concours entre plusieurs créan-

(1) Jourdan, *op. cit.*, p. 306.

ciers hypothécaires généraux, chaque hypothèque prenait rang au jour de la convention. Et la loi 9, C. *De distr. pign.*, liv. VIII, t. 28, nous en fournit la raison : quand une fois la condition s'est accomplie, on doit considérer comme ayant existé purement et simplement dès l'origine les droits subordonnés à l'accomplissement de la condition.

Ancien droit. — De même qu'à Rome la fiducie avait été la première sûreté réelle, puis avait été remplacée par le gage, en France, le mort-gage (1) et le vif-gage (2) furent les principales sûretés réelles usitées dans la première période de l'histoire du droit. Avec ces modes de garantie, la présence des biens dans le patrimoine du débiteur était absolument indispensable ; les biens à venir ne pouvaient faire l'objet d'un mort-gage ni d'un vif-gage.

Mais ces procédés primitifs cédèrent la place à l'hypothèque conventionnelle du droit romain, et sous le nom d'*obligatio* l'hypothèque se développa de plus en plus.

L'*obligatio* est une convention spéciale par l'effet de laquelle les biens du débiteur, meubles et im-

(1) « Une terre est baillée à mortgage, quand les fruits d'icelle n'acquittent rien du deu et que celui auquel elle est baillée en jouyt sans en rien rendre, jusques à ce qu'on lui ait racheté et payé la somme pour laquelle elle luy est baillée. » Charondas le Caron sur la Somme rurale, liv. 1er, tit. 72, édit. de 1621, p. 463.

(2) Le vif-gage est un nantissement immobilier dont les fruits ou revenus sont affectés à l'extinction de la dette.

meubles, sont affectés à l'exécution de son obligation. Elle contient autorisation de les saisir et faire vendre.

L'*obligatio* est de deux sortes : elle est spéciale, et générale. Beaumanoir nous en donne une définition exacte : « On doit savoir que obligation générale, si est d'obligier tout ce que on a, sans nommer nule certaine coze en par soi. Si comme aucun dient en lor lettres après ce qu'il ont devisées lor convenances : « et à se tenir fermement, j'ai obligié moi et le mien meuble et non meuble, présens et à venir » : par tex mos est fete obligations général. Et obligations espécial, si est fete en autre manière, si comme s'aucuns dist en ses lettres : « et à ce tenir fermement, j'ai obligié tele bois, tele vigne ou tel pré, séans en tel lieu (1). »

Au début l'obligation spéciale prévalut et cela se conçoit aisément. En effet, l'obligation générale ne conférait que le droit de suite, et seulement à l'égard des tiers acquéreurs à titre gratuit ; le droit de préférence était toujours refusé au créancier (2). L'obligation spéciale, au contraire, engendrait un droit de suite dans tous les cas et un droit de préférence (3).

Mais peu à peu l'hypothèque résultant de l'obli-

(1) Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, LXX, 12.

(2) Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 182.

(3) Beaumanoir, *op. cit.*, XXXIV, 51 ; LXX, 11.

gation spéciale et celle résultant de l'obligation générale tendirent à se rapprocher l'une de l'autre et à ressembler à l'hypothèque romaine : « Bientôt, dit M. Esmein, ne distingua-t-on plus quant au droit de préférence ni quant au droit de suite entre l'obligation générale et l'obligation spéciale. Entre créanciers hypothécaires, l'ordre des temps régla toujours les rangs : seules les hypothèques privilégiées primèrent les autres, non en raison de leur spécialité, mais en raison de leur origine (1). »

Dans notre ancien droit l'hypothèque était occulte comme en droit romain. Le créancier vis-à-vis duquel une obligation spéciale ou générale était prise n'était jamais assuré de ne pas être primé par une hypothèque antérieure qu'il n'aurait pas connue.

Les dangers de cette absence de publicité mirent en faveur l'hypothèque générale, que l'on finit par attacher à toute obligation, au moins lorsqu'elle était reçue par acte authentique. Loyseau, dans son Traité du déguerpissement, nous montre très bien comment on était arrivé à donner cette extension à l'hypothèque générale.

Après avoir montré avec quelle facilité, dans notre ancien droit, on pouvait « obliger d'un seul mot tous et chacun ses biens », même les biens à venir, il ajoute : « et encore en France on a bien passé plus outre : car pour ce qu'en tous les contrats, par un style

(1) Esmein, *op. cit.*, pp. 196, 197.

ordinaire des notaires, on s'est accoutumé d'insérer la clause d'obligation de tous les biens, on a enfin tenu pour règle, que tous contrats portaient hypothèque sur tous les biens comme cette clause estant sous-entendue, si elle avait été obmise (1). »

On en arriva à décider que l'hypothèque ne pouvait être constituée que par acte authentique, mais en même temps on admit que tout acte authentique emportait hypothèque sur tous les biens présents et à venir sans qu'il y eût besoin d'une convention particulière dans l'acte.

« Les actes reçus par un notaire compétent, dit Pothier, et revêtus de toutes les formes dont ces actes doivent être revêtus, produisent une hypothèque sur tous les biens présents et à venir des personnes qui y ont été parties et pour toutes les obligations qu'elles y ont contractées, et ces actes produisent hypothèque, non seulement lorsqu'elle y est expressément stipulée, mais quand même il n'y en aurait aucune mention : cette convention d'hypothèque y étant toujours sous-entendue. L'autorité publique du sceau dont ces actes sont munis est ce qui leur fait produire cette hypothèque (2). »

Pays de nantissement. — Les pays de nantissement seuls n'ont pas admis l'hypothèque conventionnelle

(1) Loyseau, *Du déguerpissement*, livre III, chap. I, n° 14.
(2) Pothier (édition Beugnet), tome IX, p. 425.

générale. Ces pays refusèrent toujours d'admettre que l'hypothèque pût se constituer sur les immeubles par le seul échange de volonté. Chez eux, l'ancienne forme de l'ensaisinement se maintint au moyen de procédés qui pouvaient parfois varier dans les détails, mais qui supposaient tous une mise en saisine, un nantissement au moyen de symboles. C'est pourquoi on appelait les coutumes qui avaient adopté ce système, pays de nantissement ou encore de west ou de dewest, bien que la remise au créancier ne fût pas nécessaire, et parce que ces formalités étaient dérivées de l'ancien ensaisinement. Dans ces coutumes, toute hypothèque y était spéciale, car elle ne pouvait être acquise, « à moins que le créancier ou un procureur pour lui ou la justice n'ait été saisi de chaque pièce d'héritage sur lequel on veut acquérir les droits réels, et ce, soit par les officiers du seigneur, soit par un huissier exploitant en vertu de commission de juge compétent (1) ».

Dans ce système, l'hypothèque conventionnelle peut s'appliquer aux biens à venir, mais remarquons qu'elle nécessite deux éléments : la constitution d'hypothèque et son application à un ou plusieurs biens individuellement déterminés. Le contrat fait naître le droit d'obtenir en nantissement quelques-uns ou tous les immeubles du débiteur hypothécaire, mais

(1) Maillart, *Coutumes générales d'Artois*, art. 71, p. 533.

le nantissement seul donne naissance aux droits de suite et de préférence (1).

L'ensaisinement était pratiqué dans les coutumes d'Artois, de Valois, de Vermandois, de Reims, de Calais, de Senlis, de Clermont, d'Amiens, de Péronne, de Ponthieu.

Comme on le voit, le système des coutumes de nantissement offre avec le droit général des coutumes un grand contraste, et présente dans son ensemble un bon système hypothécaire fondé sur le principe de la spécialité; et l'on comprend les éloges que le parlement de Flandre lui décerna en déclarant dans ses remontrances au sujet de l'édit de 1771 que cette organisation « était le chef-d'œuvre de la sagesse, l'appui et la sûreté des propriétés, un droit fondamental dont l'usage avait produit dans tous les temps d'inestimables effets et avait établi autant de confiance que de facilité dans les affaires ».

Réformes tentées depuis le XV^e^ siècle. — En 1581, une ordonnance d'Henri III prescrivit le contrôle des actes emportant hypothèque, au lieu de la situation des immeubles affectés; mais ce ne fut que par l'édit de 1693 que ce contrôle fut définitivement établi.

En 1673, sur l'initiative de Colbert, Louis XIV

(1) Il y a cependant des coutumes suivant lesquelles, à défaut de nantissement, l'hypothèque confère le droit de suite, mais non le droit de préférence (Basnage, *Traité des hyp.*, p. 3).

rendit un édit relatif à la publicité et à la spécialité hypothécaires. Dans son article 13, cet édit décidait que le créancier serait tenu de déclarer par une opposition « la ville, le bourg, le village ou le hameau, la paroisse ou terroir où l'immeuble est situé; la dénomination s'il en a aucune, et le nom du propriétaire; et si c'est une maison qui soit située dans une ville ou bourg, la rue sera désignée. » Dans le système de cet édit, la spécialité n'était qu'une conséquence de la publicité; par toutes espèces de conventions on pouvait étendre l'hypothèque aux biens présents et à venir; la généralité de l'hypothèque subsistait, et c'était à la seule publicité que Colbert s'était attaché. Mais cet édit fut bientôt rapporté et l'on en revint à l'ancien système.

En 1771, un édit de Louis XV chercha à combler les lacunes du régime hypothécaire pour donner satisfaction au vœu général. Mais loin d'atteindre ce but, il ne comportait qu'un moyen de purge; il protégeait suffisamment les acquéreurs, mais il laissait subsister à l'égard des créanciers tous les dangers des hypothèques occultes. Néanmoins, il abrogeait (art. 35) les coutumes de saisine et de nantissement. Mais sur les réclamations des parlements et des praticiens, son application fut restreinte aux pays qui suivaient le système du Droit romain.

Décret du 9 messidor an III. — Le décret du 9 messidor an III organisa la publicité en matière

hypothécaire, mais il laissa subsister la généralité de l'hypothèque au point de vue des biens qui en étaient affectés :

« Tout citoyen, dit l'art. 8 de ce décret, s'il est majeur, a le droit d'hypothéquer ses biens présents et à venir soit en personne, soit par son fondé de procuration spéciale. »

La spécialité quant aux biens grevés n'était pas exigée dans l'inscription, comme cela existait dans l'édit de 1673. L'art. 26 dit en effet : « l'hypothèque inscrite s'étend sur tous les biens présents et à venir de l'obligé, situés dans l'arrondissement du bureau où l'inscription a été faite. »

Le décret du 9 messidor an III pousse le principe de la généralité quant aux biens plus loin que notre ancien droit. L'hypothèque inscrite ne s'étend pas seulement sur tous les biens présents et à venir du débiteur, elle s'étend aussi (art. 27) sur tous les biens de l'héritier. Il n'est fait exception que pour les biens de ceux qui ont accepté la succession sous bénéfice d'inventaire.

Cette législation fut peu appliquée. Suivant les recherches de M. Flour de Saint-Genis, elle a été en vigueur du 16 frimaire an IV jusqu'au 9 germinal an VII. Cet auteur a constaté l'existence de 8827 articles passés en conformité de la loi nouvelle. Elle fut remplacée par la loi du 11 brumaire an VII (1).

(1) Flour de Saint-Genis : Les vieilles archives d'hypothèques à

Loi du 11 brumaire an VII. — C'est à la loi du 11 brumaire an VII que revient l'honneur d'avoir introduit dans notre législation le principe de la spécialité de l'hypothèque quant aux biens et d'avoir prohibé, en conséquence, l'hypothèque conventionnelle des biens à venir.

Crassous, dans son rapport sur la confection du Code hypothécaire de l'an VII, nous montre les avantages de l'hypothèque spéciale sur l'hypothèque générale de l'ancien droit :

« Plus on considère, dit-il, l'influence de l'hypothèque générale, moins on y trouve un avantage réel pour le prêteur; toujours en concurrence avec d'autres créanciers, il n'obtient son paiement que par suite d'un ordre et après des débats multipliés ; plus il aurait limité l'étendue de son gage et moins il aurait de concurrents pour le partage du prix et de difficultés à vaincre ; que lui importe d'avoir 50.000 fr. de nantissement, lorsque 15 ou 20.000 fr. auraient suffi ? Ne perd-il pas effectivement à raison des procès auxquels il est exposé? Ce même objet de 20.000 fr. qui lui eût été donné exclusivement pour hypothèque n'aurait pas été accepté par un autre qui n'y aurait plus trouvé de sûreté. Resté seul à réclamer son paiement sur ce bien, sa créance demeure mieux établie que sur l'universalité d'une fortune qu'il ne

peut scruter avec cette exactitude qui lui est facile pour un bien pris isolément. »

C'est au nom de ces principes que la loi du 11 brumaire an VII proclama la spécialité de l'hypothèque quant aux biens. Cette spécialité, elle l'exige non seulement dans l'acte constitutif, mais aussi dans l'inscription. L'art. 4 dit en effet : « Toute stipulation volontaire d'hypothèque doit indiquer la nature et la situation des immeubles hypothéqués. » C'est la spécialité édictée plus tard par le Code civil; la seule différence qui existe entre les deux, c'est que le Code exige (art. 2129) l'indication de la nature et de la situation de chacun des immeubles; la loi de l'an VII exige seulement l'indication de la nature et de la situation des immeubles hypothéqués. Cette loi déduit avec rigueur les conséquences du principe nouveau, et, logiquement, de la spécialité conclut à l'impossibilité d'hypothéquer les biens à venir. L'art. 4 dispose que l'hypothèque ne peut comprendre que les biens appartenant au débiteur lors de la stipulation. La prohibition de l'hypothèque des biens à venir est absolue et ne comporte pas d'exception comme dans le Code civil.

L'hypothèque judiciaire elle-même, bien qu'elle ne soit pas soumise au principe de la spécialité, n'atteint pas les biens à venir, art. 4, al. 2 : « l'hypothèque judiciaire ne peut affecter que les biens appartenant au débiteur lors du jugement. »

Code civil. — Lorsque vint en discussion la partie du Code civil relative aux privilèges et hypothèques, deux systèmes se trouvaient en présence : celui du droit romain, admis dans la plupart des pays de droit coutumier, et celui de la loi de brumaire. Une lutte très vive s'engagea entre les partisans de ces systèmes.

La section de législation du Conseil d'État se divisa en deux groupes, l'un désirant le maintien du système de l'ancienne législation, l'autre voulant que la théorie de la loi de brumaire an VII fût conservée par le Code. Deux rapports furent faits au nom de ces deux groupes, l'un par M. Bigot-Préameneu, pour défendre le système de l'ancienne législation, l'autre par M. Réal, au nom des partisans de la loi de brumaire an VII.

M. Bigot-Préameneu demandait d'écarter le principe de la spécialité. La limitation de l'inscription aux biens présents, disait-il, est contraire à la nature même de l'obligation que l'hypothèque a pour but de garantir et qui doit engager les biens présents et à venir du débiteur : celui qui s'oblige est astreint à remplir son engagement par tous les moyens qui sont en son pouvoir et par suite sur tous ses biens présents et à venir ; il n'y a dès lors aucune raison, puisque ces biens sont affectés d'une manière générale, pour qu'ils ne le soient point par hypothèque.

La prohibition de l'hypothèque des biens à venir

lui semblait être une atteinte portée au crédit et une restriction illégitime du droit de propriété : « Ne pas laisser au débiteur ce moyen d'obtenir des facilités, c'est; ajoutait-il, le livrer à toutes les rigueurs des poursuites. »

M. Réal défendit avec beaucoup d'habileté les principes de la loi de brumaire. Il établit que les deux principes de la spécialité et de la publicité constituent une véritable garantie pour le débiteur et les tiers. Finalement, le principe de la spécialité fut adopté et comme conséquence on prohiba l'hypothèque des biens à venir (art. 2129). Cependant, pour donner satisfaction aux partisans de l'ancien droit, on admit que les biens à venir pourraient être hypothéqués au cas d'insuffisance des biens présents (art. 2130 et 2131).

« On ne verra pas moins là (dans la faculté d'hypothéquer les biens à venir dans le cas d'insuffisance des biens présents), disait Grenier, une facilité en faveur du débiteur, qui pourra réunir la confiance que fait naître sa fortune actuelle à celle qui résulte d'une fortune à venir (1). »

(1) Locré, *Travaux préparatoires du Code civil,* tome XVI, p. 389.

CHAPITRE II

PROHIBITION DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE DES BIENS A VENIR

L'hypothèque conventionnelle des biens à venir peut être générale ou spéciale. Un débiteur, par exemple, affecte à la garantie de sa dette tous ses biens à venir, sans exception ; c'est l'hypothèque générale ; ou bien il n'affecte que certains de ces biens qu'il désigne spécialement, c'est l'hypothèque spéciale.

Qu'elle soit générale ou spéciale, l'hypothèque conventionnelle des biens à venir est formellement prohibée par l'article 2129 *in fine* du Code civil : « Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués. »

Nous allons étudier cette hypothèque sous ces deux aspects dans deux paragraphes différents.

SECTION PREMIÈRE

§ I

De l'hypothèque générale des biens à venir.

« Il n'y a, dit l'article 2129, d'hypothèque con-

« ventionnelle valable que celle qui, soit dans le « titre authentique constitutif de la créance, soit « dans un acte authentique postérieur, déclare « spécialement la nature et la situation de chacun « des immeubles actuellement appartenant au débi- « teur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la « créance. Chacun de tous ses biens présents peut « être nominativement soumis à l'hypothèque. Les « biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués. »

Cet article pose le principe de la spécialité de l'hypothèque et détermine les conditions nécessaires pour arriver à sa réalisation. Il nous dit que le débiteur doit indiquer dans l'acte authentique la nature et la situation des immeubles hypothéqués.

Lorsqu'il s'agit d'immeubles qui se trouvent actuellement dans le patrimoine du débiteur, il est assez facile de remplir les conditions exigées par l'article 2129. Mais cela est impossible lorsqu'il s'agit de tous ses biens à venir. Comment, en effet, pouvoir indiquer la nature et la situation de ces immeubles puisqu'on ne les connaît pas.

L'hypothèque générale des biens à venir est proscrite par la force même des choses et par une déduction nécessaire du principe de la spécialité. L'article 2129 *in fine* édicte cependant en termes exprès la prohibition de l'hypothèque des biens à venir. L'article 78 de la loi belge s'est à bon droit dispensé de cette reproduction.

Quelle est la sanction de la règle formulée par l'article 2129 *in fine?*

La loi nous dit : il n'y a d'hypothèques conventionnelles valables que celles qui sont spéciales : c'est dire que, si cette condition n'est pas remplie, l'hypothèque est nulle. Or nous venons de voir qu'elle ne peut pas l'être, lorsque l'hypothèque porte sur tous les biens à venir du débiteur. Mais de quel genre de nullité s'agit-il ?

La jurisprudence (1) partant de cette idée que l'hypothèque des biens à venir est contraire au principe de la spécialité, principe établi presque exclusivement dans l'intérêt des tiers, considère la nullité de cette hypothèque comme relative et refuse au débiteur le droit de s'en prévaloir. C'est une confusion entre deux principes : la spécialité et la publicité de l'hypothèque. C'est ce dernier seulement qui est édicté dans l'intérêt des tiers ; eux seuls donc ont le droit de l'invoquer. Mais il n'en est pas de même en ce qui concerne le principe de la spécialité. La loi, en l'édictant, a tenu compte de tous les intérêts: de celui du débiteur, de celui du créancier et de celui des tiers. Grenier, dans son rapport au Tribunat, le dit formellement : « L'hypothèque étant « déterminée particulièrement sur un bien d'une « valeur analogue au montant de la créance, ses

(1) Toulouse, 6 mars 1819, dans Dalloz, *Répertoire*, v° *Privilèges et Hypothèques*, p. 384 ; Pau, 23 août 1834, S., 1835, 2, 120.

« autres biens (du débiteur) sont libres, et cette « liberté lui procure les moyens d'emprunter de « nouveau, selon les spéculations auxquelles il peut « se livrer.

« En ce qui concerne le créancier, la spécialité lui « est utile, puisqu'une hypothèque spéciale étant « rarement suivie d'une autre sur les mêmes im- « meubles, à moins qu'il n'y ait évidemment une « valeur suffisante qui garantisse le second comme « le premier engagement, le créancier avec une « première hypothèque spéciale est toujours sûr de « suivre utilement l'immeuble hypothéqué en quel- « ques mains qu'il passe, et que celui qui en serait « le détenteur ne peut le renvoyer à la discussion « des autres biens du débiteur. »

Pour nous, l'hypothèque constituée sur tous les biens à venir du débiteur est nulle de nullité absolue. Elle peut être invoquée par toute personne intéressée, par exemple, les créanciers hypothécaires de dates postérieures et les tiers détenteurs (1).

Il est de principe, en effet, dans notre droit, que toutes les fois que le contraire ne résulte pas d'un texte de la loi ou, à défaut de texte, du but évident que s'est proposé le législateur, la nullité doit être considérée comme étant une nullité absolue. D'un autre côté, les nullités relatives ne constituent qu'une

(1) Cassation, 11 mars 1834, S. 1834, I, 345.

exception, elles n'existent que s'il y a un texte qui les prononce. C'est ce qui a lieu au cas de consentement entaché de dol, de violence ou d'erreur (article 1117). Le caractère exceptionnel des nullités relatives se dégage bien de cet article quand il dit : dans tel et tel cas la nullité n'est que relative ; le texte est énonciatif; or il n'y a que les exceptions qui soient susceptibles d'être énoncées par voie d'énumération. Pour l'hypothèque conventionnelle des biens à venir, nous avons bien un texte la prohibant, l'article 2129 *infine;* mais nous n'en avons pas qui dise que l'acte juridique fait en violation de cette règle est atteint d'une nullité relative. L'hypothèque générale des biens à venir est donc nulle de nullité absolue et toute personne intéressée peut s'en prévaloir. La doctrine se prononce généralement en ce sens (1). « Si un débiteur, dit M. Gillard, consen-
« tait une hypothèque générale embrassant à la fois
« tous ses biens présents et à venir, cette hypothè-
« que serait nulle comme violant la règle de la spé-
« cialité (art. 2129)... C'est une nullité absolue,
« d'ordre public, résultant d'une infraction à la loi,

(1) Gillard, *De la Constitution de l'Hypothèque conventionnelle*, p. 521 ; Grenier, *Traité des hypothèques*, t. I, p. 65 ; Martou, *Traité des privilèges et Hypothèques*, t. III, n° 939 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. III, p. 280 ; Laurent, *Cours de droit civil*, t. XXX, n°s 511 et 512 ; Thézard, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, n° 63 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. II, n° 1377.

« et pouvant, par suite, à défaut d'un texte ou d'un « principe contraires, être invoquée par tout inté- « ressé. »

Cette constitution d'hypothèque ne pourrait-elle pas, malgré sa nullité, produire quelque effet : le créancier serait-il en droit de demander son remboursement ou une nouvelle hypothèque ? La jurisprudence ainsi que les auteurs sont divisés sur cette question.

Persil accorde au créancier une action pour obtenir une hypothèque ou la résolution du contrat et par suite le remboursement de sa créance. Il fonde son opinion sur l'intention des parties : celle du prêteur a été certainement d'avoir une hypothèque qui lui assurât la restitution des deniers prêtés, et le débiteur n'a reçu les deniers que sous cette condition. Il y a donc engagement, et la convention doit recevoir son exécution. Grenier partage l'opinion de Persil et il approuve un arrêt de la Cour de Riom du 25 mai 1816, qui a jugé qu'un individu, ayant hypothéqué tous ses biens à une époque où il ne possédait aucun immeuble, pouvait être contraint à donner une hypothèque spéciale sur ceux qu'il avait acquis depuis (1).

Bien que cette opinion soit conforme à l'équité,

(1) Persil, *Régime hypothécaire*, t. I, p. 443; Grenier, *op. cit.*, t. I, n° 65. En ce sens : Laurent, *op. cit.*, t. XXX, n° 513; Gillard, *op. cit.*, p. 54.

nous ne pensons pas qu'elle doive être admise. Elle est contraire à ce principe de droit, qu'un acte nul ne peut produire aucun effet : « quod nullum est, nullum producit effectum. » L'hypothèque constituée sur les biens à venir est radicalement nulle et, comme le dit fort justement Troplong, il n'est pas possible de recourir au ministère du juge pour qu'il remplace une convention sans valeur par une autre convention réunissant les conditions de la loi, car le juge a pour office, non pas de créer, mais de déclarer les droits existants (1).

On peut encore objecter à l'opinion adverse que sa théorie aboutirait à rendre inutiles les prohibitions de la loi. Il suffirait au créancier de trouver dans un contrat nul le germe d'une nouvelle obligation ; un donataire, par exemple, qui verrait annuler sa donation pour absence d'une des formalités substantielles de l'acte, pourrait exiger que son donateur lui en fît une autre plus régulière ; un contrat synallagmatique étant annulé parce que le titre sous seing privé qui le constate n'a pas été fait double, le créancier pourrait contraindre son débiteur à lui fournir un autre titre.

A l'arrêt de la Cour de Riom, nous pouvons opposer un arrêt de la Cour d'Aix du 16 août 1811 et un arrêt de la Cour de Rouen du 25 décembre 1840.

(1) Troplong, *Commentaire des privilèges et hypothèques*, t. II, n° 515.

Ces deux Cours ont décidé qu'une hypothèque générale constituée sous l'empire du Code civil ne pouvait autoriser le créancier à se faire accorder par son débiteur une autre hypothèque (1).

M. Colmet de Santerre (2), dans notre hypothèse, donne au créancier une action en dommages-intérêts en vertu de l'article 1382 : « L'hypothèque, dit-« il, sur laquelle comptait le créancier, vient à lui « manquer et il est exposé à subir un dommage par « le fait du constituant ; ce fait, alors même qu'il a « été accompli de bonne foi, implique une certaine « négligence chez celui qui l'a commis et cela suffit « pour entraîner l'obligation de réparer le tort; et « si ce fait a été commis de mauvaise foi, il consti-« tue un délit civil, le stellionnat (art. 2059), qui ne « permet pas de mettre en doute l'existence d'une « action en dommages-intérêts. »

Nous répondrons à M. Colmet de Santerre qu'une hypothèque nulle ne peut être la source d'aucun droit. Le débiteur est en faute, mais le créancier l'est aussi. Les parties ont voulu constituer hypothèque sur des immeubles futurs; capables et consentantes, elles ont désobéi aux prescriptions légales. C'est le créancier qui, dans son intérêt, a poussé le débiteur à lui

(1) Dalloz, *Répertoire*, v° *Privilèges et Hypothèques*, pp. 406 et 365. En ce sens : Duranton, *Cours de droit français*, tome XIX, n° 364; Paul Pont, *des Privilèges et Hypothèques*, tome II, n° 678 ; Martou, t. III, n° 1000.

(2) Tome IX, n° 92 *bis*, V.

accorder cette garantie : qu'il en subisse les conséquences.

§ II

De l'hypothèque spéciale de biens à venir

Au lieu d'affecter tous ses biens à venir en général, un débiteur affecte à la garantie de sa dette tel immeuble, avec désignation dans l'acte constitutif d'hypothèque de sa nature et de sa situation, sous la condition qu'il lui appartiendra plus tard. Cette convention, nous dit M. Colmet de Santerre (1), se confond avec l'hypothèque de la chose d'autrui.

En droit romain, ce genre d'hypothèque était permis. Le jurisconsulte Marcien nous dit en effet que la chose d'autrui peut être hypothéquée sous la condition que le débiteur en deviendra propriétaire : « aliena res utiliter potest obligari, sub conditione si debitoris facta fuerit » (l. 16, § 7. D. XX, 1. *De pign. et hyp.*).

En est-il de même sous l'empire du Code civil? Certains auteurs (2) l'affirment. La prohibition de l'hypothèque des biens à venir, disent-ils, se rattache d'une façon étroite au principe de la spécialité : si le législateur a défendu cette hypothèque permise dans

(1) Tome IX, p. 184.

(2) Colmet de Santerre, t. IX, n° 96 *bis;* Gillard, n° 104; Troplong, t. II, n° 528.

l'ancien droit, c'est parce qu'il voulait étouffer le principe de la généralité et faire triompher le principe de la spécialité, protéger le débiteur contre son propre entraînement en évitant qu'il épuise d'un seul coup tout son crédit. La prohibition édictée par l'article 2129 *in fine* doit se restreindre au but poursuivi.

En constituant une hypothèque sur un immeuble futur spécialement déterminé, le principe de la spécialité est respecté : la nature et la situation de cet immeuble sont indiquées ; cette hypothèque doit être considérée comme valable.

Troplong l'assimile à l'hypothèque constituée sur un bien dont on est propriétaire sous condition suspensive. L'article 2125, en permettant d'hypothéquer un immeuble sur lequel on a un droit de propriété soumis à une condition suspensive, autoriserait par là même à hypothéquer un immeuble pour le cas où l'on en deviendrait propriétaire.

On a fort justement répondu à Troplong qu'il n'y avait aucune analogie entre l'hypothèse prévue par l'article 2125 et celle de l'hypothèque d'un bien à venir spécialement déterminé. L'article 2125 suppose que le débiteur a dès à présent sur l'immeuble un droit qui, pour être imparfait, n'en est pas moins certain, un droit qui rétroagira au jour du contrat si la condition se réalise, et fera rétroagir au même jour l'hypothèque consentie ; tandis que dans notre

hypothèse le constituant n'a actuellement sur l'immeuble aucune espèce de droit.

Avec la majorité des auteurs (1), nous pensons que l'hypothèque constituée sur un ou plusieurs des immeubles futurs spécialement déterminés est nulle au même titre que l'hypothèque portant sur l'ensemble des biens à venir, pris collectivement, *in globo*. Sans doute, dans notre hypothèse, on peut donner à la désignation de l'immeuble futur toute la précision désirable ; sans doute, encore, on n'a pas davantage à redouter les inconvénients de l'hypothèque générale. Il semble donc, au premier abord, que le principe de la spécialité reçoive toute satisfaction. Il n'en est rien pourtant. La désignation a beau avoir toute la précision possible ; peu importe, si l'immeuble lui-même n'est pas dans le patrimoine. Le gage des créanciers n'a aucune assiette fixe, ne porte sur aucun des biens actuellement appartenant au débiteur ; l'hypothèque générale n'est pas à craindre, il est vrai, mais le principe de la spécialité n'a pas que l'avantage négatif d'empêcher les abus de la généralité hypothécaire ; il a des avantages à lui propres : il assure au gage hypothécaire fixité et précision. Quelle fixité, quelle précision possibles, si l'immeuble n'est même pas dans le patrimoine du débiteur ?

(1) Thézard, n° 49 ; Aubry et Rau, t. III, § 263, p. 262 ; Laurent, t. XXX, n° 472 ; Martou, n° 1004 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, pp. 374 et 376.

Il est d'ailleurs une autre raison pour laquelle on ne peut hypothéquer les immeubles à venir spécialement déterminés : c'est que, pour constituer une hypothèque, il faut être propriétaire et capable d'aliéner les biens qu'il s'agit d'hypothéquer. Cela résulte des articles 2129 et 2124 C. civ. Aux termes de l'article 2129, l'hypothèque ne peut être constituée valablement que sur des immeubles appartenant au propriétaire. La propriété de l'immeuble dans la personne du constituant n'est pas une simple condition de capacité personnelle, mais une condition de la possibilité légale de l'affectation hypothécaire en soi. A défaut de cette condition, l'hypothèque manque d'assiette et elle est atteinte d'une nullité absolue et irrémédiable.

Enfin les articles 2130 et 2131 confirment notre solution. Ces articles indiquent d'une manière limitative les cas où il est exceptionnellement permis d'hypothéquer les immeubles futurs, d'où nous tirons cette conséquence : c'est qu'en dehors de ces textes une semblable hypothèque ne saurait être valable.

A défaut de textes, les principes généraux du droit nous conduiraient à la même solution. L'hypothèque constitue un démembrement (1) ou une aliénation

(1) MM. Demolombe, *Distinct. des biens*, no 471, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, pp. 24, § 165, contestent que l'hypothèque soit un démembrement de la propriété.

partielle de la propriété ; or il n'y a que le propriétaire qui puisser démembrer la propriété ou l'aliéner partiellement.

Remarque. — Il ne faut pas confondre la constitution d'hypothèque avec la promesse d'hypothèque. La première donne effectivement naissance à l'hypothèque ; la seconde fait naître seulement l'obligation pour le débiteur de constituer l'hypothèque. Cette promesse d'hypothèque constitue une obligation parfaitement valable et à laquelle le débiteur ne se pourrait soustraire. La promesse d'hypothèque sur un bien à venir est également valable. Elle peut être faite en vue d'un immeuble indéterminé, par exemple, le premier qu'acquerra le débiteur, ou même en vue de tous les immeubles à venir envisagés collectivement. Le principe posé par l'article 2129 n'est pas violé par cette convention. Ce principe, en effet, ne touche que la constitution d'hypothèque qui, dans le cas présent, ne pourra avoir lieu qu'au jour où le débiteur sera devenu propriétaire.

SECTION II

Que faut-il entendre par biens à venir ?

Pour bien mesurer l'étendue de la prohibition édictée par l'article 2129 *in fine*, il faut savoir ce que l'on entend par biens à venir. On peut avoir sur

un bien un droit de propriété absolu et irrévocable, ou un droit de propriété conditionnel, ou simplement de pures espérances. L'expression biens à venir comprendra-t-elle ces deux dernières catégories de biens ou seulement les espérances ?

§ I

Biens considérés comme biens à venir, et par conséquent non susceptibles d'hypothèque.

Tous les auteurs s'accordent pour décider que celui qui n'a sur un immeuble aucun droit acquis, même éventuellement, mais seulement une pure espérance, ne peut l'hypothéquer : « Ainsi un débiteur, successible d'une personne vivante, ne peut hypothéquer éventuellement les biens de cette succession non ouverte. Rien ne peut promettre que le successible sera apte à recueillir cette succession lors de son ouverture, ni que les biens qui existent aujourd'hui dans la main de l'auteur de la succession s'y retrouveront encore lors de son décès (1). »

L'hypothèque des biens que l'on espère recueillir d'une succession n'est pas seulement prohibée parce qu'il s'agit d'une hypothèque sur biens à venir, mais il y a en outre une raison morale qui proscrit cette convention. Elle est tirée de l'article 1130 C. civ., qui ne permet ni de renoncer à une succession non

(1) Merlin, *Répertoire*, v° *Hypothèques*, p. 162.

ouverte, ni de faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit.

Aucun des biens susceptibles de propriété privée qui existent dans la nature ne répugne à devenir la propriété d'une personne déterminée; ils sont tous biens à venir de cette personne, sous la condition suspensive de leur arrivée dans le patrimoine de cette personne.

Si tous les auteurs s'accordent pour décider que celui qui n'a sur un immeuble aucun droit actuel, mais de simples espérances, ne peut l'hypothéquer, ils diffèrent cependant dans l'application de ce principe. Une promesse de vente d'immeubles, par exemple, a été faite à une personne, cette personne a pris acte de cette promesse et a déclaré tenir le pollicitant pour obligé. Dans cette hypothèse, l'acceptant pourra-t-il hypothéquer ces immeubles? La solution de cette question dépend de celle de savoir si l'acceptant a sur les immeubles un droit de propriété actuel ou s'il n'a qu'une simple espérance.

M. Colmet de Santerre (1) soutient que, dans notre hypothèse, il y a de la part du pollicitant une obligation conditionnelle ; il s'oblige à transférer la propriété des immeubles, sous cette condition : si le stipulant agrée la proposition dans le délai fixé.

(1) Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VII, p. 22.

Cette condition, dit-il, une fois accomplie, doit rétroagir au jour de l'engagement (art. 1179 C. civ.). Donc, c'est à partir de cette époque que le stipulant sera censé avoir acquis la propriété, si plus tard il adhère à la promesse. Nous rejetons cette opinion comme contraire à l'article 1138 C. civ., d'après lequel l'obligation de livrer la chose, c'est-à-dire de transférer la propriété, ne devient parfaite et ne rend le créancier propriétaire que par le consentement des parties contractantes. Or ce consentement n'existera ici que lorsque l'acheteur aura agréé définitivement la promesse de vente. Jusque-là la promesse de vente ne fait naître à son profit qu'un droit de créance, il n'a sur les immeubles aucun droit de propriété actuel ; par conséquent il ne peut pas les hypothéquer (1).

Immeubles sociaux. — Lorsqu'une société possède des immeubles, le droit de chacun des associés est un droit de créance sur ces immeubles, le droit réel de propriété appartient à la société personne morale. Il en est certainement ainsi des immeubles appartenant à une société de commerce ; il faut admettre qu'il en est de même des immeubles qui appartiennent à une société civile. La jurisprudence considère cette dernière comme une personne morale (2). Le droit de copropriété des associés ne

(1) En ce sens : Aubry et Rau, *op. cit.*, tome IV, p. 334 ; Laurent, *op. cit.*, tome XXIV, n° 15 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, tome III, p. 292.

(2) Cassation, 23 février 1891. D. 1891, I, 337.

prend naissance qu'au moment où cesse la société sur les immeubles qu'elle possède encore. Pendant que la société existe, les immeubles que cette société possède constituent pour chacun des associés des biens à venir.

§ II

Biens non considérés comme biens à venir, et par conséquent susceptibles d'hypothèque

Ne sont pas considérés comme biens à venir ceux à la propriété desquels le constituant a un droit éventuel ou simplement conditionnel. S'il est nécessaire d'avoir un droit de propriété sur un immeuble pour pouvoir l'hypothéquer, il n'est pas nécessaire que ce droit soit absolu et irrévocable. Comme le dit fort justement Paul Pont (1) : « N'est-on propriétaire d'une chose que lorsqu'on la possède matériellement, qu'on la détient et qu'on en a la propriété certaine, incommutable? et faut-il nécessairement se trouver dans ce cas pour constituer hypothèque? Non, assurément. Nous sommes propriétaires non seulement des choses qui sont dans notre domaine, mais encore de celles que nous y pouvons faire rentrer; non seulement de celles sur lesquelles nous avons un droit de propriété reconnu, mais encore de celles sur lesquelles nous avons un droit de propriété que nous pouvons faire reconnaître. »

(1) *Privil. et Hyp.*, tome II, n° 636.

Il n'est pas douteux que l'hypothèque s'établisse très valablement sur un immeuble du chef de celui qui avait le droit de s'en faire reconnaître propriétaire au moyen d'une action en nullité ou en rescision antérieure. Il suffit en effet que cette action triomphe plus tard devant les tribunaux. Les jugements qui accueillent des actions semblables sont, tout aussi bien que ceux qui accordent gain de cause à des revendications proprement dites, déclaratifs et non translatifs de la propriété.

Cette doctrine, qui se déduit des principes généraux du droit, ressort d'une disposition formelle du titre des privilèges et hypothèques. L'article 2125 déclare que celui qui n'a sur l'immeuble qu'un droit sujet à rescision ne peut consentir qu'une hypothèque soumise à la même rescision.

Comme celui qui a le droit de se faire reconnaître propriétaire d'un immeuble, celui qui en est propriétaire sous condition suspensive ou sous condition résolutoire peut valablement l'hypothéquer ; seulement l'hypothèque sera soumise aux mêmes conditions que le droit de propriété du constituant. C'est ce que dit en termes formels l'article 2125 C. civ. : « ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions. »

L'événement de la condition est déclaratif d'un

droit préexistant. Avant cet événement le droit était en quelque sorte caché dans l'incertitude de l'avenir, mais une fois la condition réalisée, le droit de propriété, et par suite l'hypothèque qui s'y rattache, qui en est une véritable dépendance, se trouvent reconnus et vérifiés comme procédant du titre originaire, par exemple de la vente qui avait été faite sous condition suspensive. L'acquéreur n'est pas devenu propriétaire du jour où la condition s'est réalisée, mais du jour de son titre d'acquisition. C'est ce qu'on exprime par cette formule connue : la condition accomplie a un effet rétroactif (art. 1179 C. civ.).

On doit conclure de ce qui précède qu'il peut y avoir sur le même immeuble une sorte de conflit d'hypothèques consenties par diverses personnes dont les intérêts sont contradictoires. Le sort de chacune de ces hypothèques dépendra de l'événement d'une condition, de telle sorte que le maintien de l'une aura pour corrélatif nécessaire l'anéantissement de l'autre. Ces conséquences résultent directement de l'article 2125.

Applications de l'article 2125.

a) *Vente à réméré.* — D'après la jurisprudence (1), l'acheteur a réméré, qui est propriétaire sous con-

(1) Bordeaux, 5 janvier 1833, S. 1833, 2, 188; Cassation, 11 décembre 1825. S. 1826, 1, 275; Cassation, 23 août 1871. D. 1873, 1, 321.

dition résolutoire, peut bien constituer hypothèque, et l'hypothèque qu'il confère est subordonnée à la condition dont est affecté son droit de propriété; mais le vendeur à réméré n'étant pas propriétaire ne peut pas constituer hypothèque. Cette opinion de la jurisprudence est soutenue par certains auteurs (1).

Nous accordons au contraire au vendeur à réméré le droit d'hypothéquer l'immeuble pendant le délai du réméré. Cet immeuble ne constitue pas pour lui un bien à venir, mais un bien sur lequel il a un droit actuel, conditionnel il est vrai, et partant susceptible d'hypothèque. En effet, l'acheteur étant propriétaire sous condition résolutoire, le vendeur est propriétaire sous condition suspensive. La jurisprudence affirme qu'il n'en est pas ainsi et que le vendeur à réméré a cessé d'être propriétaire pendant le délai de réméré. La preuve que ce que nous avançons est exact, c'est que, si le vendeur à réméré se marie sous le régime de la communauté et s'il exerce le réméré pendant la communauté, dans ce cas, tout le monde le reconnaît, l'immeuble ne constitue pas un acquêt de la communauté, mais un propre au profit du vendeur. C'est donc qu'on doit reconnaître que ce vendeur était propriétaire sous condition sus-

(1) Grenier, *op. cit.*, tome I, n° 153; Aubry et Rau, t. III, p. 265.

pensive. Cette opinion est soutenue par la majorité des auteurs (1).

b) *Immeuble indivis.* — Lorsqu'un immeuble appartient indivisément à plusieurs personnes, chacune d'elles a la faculté d'hypothéquer la totalité de l'immeuble. Dans ce cas, l'hypothèque dépend du résultat du partage. Par la fiction de l'article 883, qui donne au partage un effet déclaratif et rétroactif, chacun des copropriétaires a sur les diverses parties de l'immeuble un droit conditionnel que dégage l'événement du partage ou de la licitation : si l'immeuble entier est attribué au constituant, l'hypothèque a son plein effet ; si au contraire l'immeuble ne lui échoit pas, elle s'évanouit complètement. M. Mourlon (2) fait observer qu'il en est de l'hypothèque comme de la servitude qu'aurait pu consentir un copropriétaire. Si ce copropriétaire ne reçoit pas l'immeuble dans son lot, servitude et hypothèque disparaissent, car il est censé n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble ; au contraire, si l'immeuble lui est attribué, servitude et hypothèque subsistent, parce que, par l'effet du partage, il est censé avoir toujours été propriétaire.

La jurisprudence et la majorité des auteurs sont en ce sens. La Cour de cassation, par un arrêt du 16

(1) Valette, *Privil. et Hyp.*, pp. 202 et 203; Laurent, tome XXX, n° 445; Persil, *op. cit.*, t. I, p. 276; Domolombe, t. V, n° 304.
(2) *Répétitions écrites*, t. II, p. 222.

avril 1888 (1), a décidé que l'hypothèque constituée par un cohéritier sur un immeuble qui ne lui avait pas été attribué par le partage restait sans effet, parce que ce cohéritier était censé n'avoir jamais été propriétaire de cet immeuble, et que par conséquent il n'avait pu valablement l'hypothéquer. Il résulte de cet arrêt, par argument *a contrario*, que l'hypothèque constituée par un cohéritier sur un immeuble qui lui a été attribué par le partage est valable, parce qu'il est censé avoir été propriétaire de cet immeuble au moment de la constitution de l'hypothèque.

c) *Cas de substitution.* — En cas de substitution, les appelés ont-ils, avant l'ouverture de la substitution, sur les biens grevés, un droit de propriété conditionnel, ou au contraire n'ont-ils qu'une simple espérance ? La jurisprudence et la majorité des auteurs admettent que les appelés ont dans ce cas un droit conditionnel sur les biens grevés, que la substitution résulte d'une donation entre vifs ou d'un testament. « Le droit lui (à l'appelé) est acquis, dit M. Colmet de Santerre (2), en ce sens que sa vocation éventuelle émanée de la volonté du disposant ne peut recevoir aucune atteinte de la volonté du grevé. Il y a donc pour lui un droit conditionnel qu'on pourra, si l'on

(1) Dalloz, 1888, I, 249.
(2) *Op. cit.*, tome IV, n° 13 *bis*, II.

veut, n'appeler qu'une espérance, parce qu'il n'y a encore ni propriété, ni créance ; mais cette espérance, même indépendante pour la réalisation du fait ou de la volonté d'autrui, constitue sous ce rapport un droit et ne peut se confondre avec la vocation éventuelle à une succession. »

Demolombe, Aubry et Rau (1) soutiennent que le droit des appelés avant l'ouverture de la substitution est un droit conditionnel, c'est-à-dire que, en même temps que le grevé est propriétaire sous une condition résolutoire des biens substitués, les appelés en sont propriétaires sous une condition suspensive, à savoir : s'ils survivent à l'ouverture de la substitution et s'ils peuvent ou veulent la recueillir ; les appelés, étant propriétaires des biens grevés sous condition suspensive, peuvent, conformément à l'art. 2125, les hypothéquer. Cette opinion a été admise par un arrêt récent de la Cour d'Amiens (2). Cet arrêt dit en substance que les appelés propriétaires des biens substitués sous une condition suspensive peuvent valablement constituer sur ces biens des hypothèques soumises à la même condition. Pour refuser à l'appelé le droit de grever d'hypothèques les biens substitués, on ne peut objecter que ces biens doivent être considérés comme biens à venir.

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. XXII, n° 597 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, n° 597. En ce sens : Merlin, *op. cit.*, v° *Substitution fidéicommissaire*, S. XIV, § 696, p. 353.

(2) Amiens, 6 décembre 1892. D. 1893, 2, 129.

Pour Pothier, au contraire, les appelés n'ont, avant l'ouverture de la substitution, aucun droit formé par rapport aux biens substitués, mais une simple espérance.

Quant à nous, nous n'irons pas jusqu'à dire, comme MM. Demolombe, Aubry et Rau, que le grevé est propriétaire sous condition résolutoire et l'appelé propriétaire sous condition suspensive, car cette formule impliquerait que le droit du grevé est résolu par l'ouverture de la substitution et, comme la condition résolutoire opère un effet rétroactif, il faudrait considérer ce droit comme n'ayant jamais existé (art. 1179 C. civ.). L'appelé au contraire serait censé avoir toujours été propriétaire. Nous ne pensons pas non plus, comme Pothier, que l'appelé n'a avant l'ouverture de la substitution qu'une simple espérance. Nous croyons au contraire qu'il a un droit actuel sur les biens grevés, éventuel si l'on veut, mais qui compte cependant dans son patrimoine. La preuve qu'il en est ainsi c'est qu'on lui permet de faire certains actes conservatoires. S'il n'avait qu'une simple espérance, il n'aurait pas le droit d'agir, il faudrait l'assimiler au légataire qui ne peut rien faire avant l'ouverture de la succession.

Bien que nous reconnaissions à l'appelé un droit actuel sur les biens grevés avant l'ouverture de la substitution, nous ne pensons pas qu'il puisse consentir une hypothèque sur ces biens, parce qu'il y aurait

là un pacte sur succession future, pacte prohibé par l'art. 1130 C. civ. (1).

Aujourd'hui, en effet, l'appelé est nécessairement l'enfant du grevé et celui-ci est lui-même le frère ou l'enfant du disposant. On ne peut donc voir dans la substitution autre chose qu'un moyen d'assurer aux petits enfants ou aux neveux la succession de leur aïeul ou de leur oncle. La jurisprudence, en autorisant du vivant du grevé une constitution d'hypothèque par l'appelé, va directement contre le but que le législateur s'est proposé en maintenant les substitutions. Alors en effet que l'on a voulu assurer l'avenir des enfants d'un fils ou d'un frère, cette doctrine fournit à l'appelé le moyen de dissiper, avant le terme fixé par la nature, le patrimoine de la famille.

(1) Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IV, n° 211 *bis*, III ; Demolombe, *op, cit.*, t. V, n° 599.

CHAPITRE III

EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE LA PROHIBITION DE L'HYPOTHÈQUE DES BIENS A VENIR

Le législateur du Code de 1804, après avoir posé avec assez de netteté le principe de la prohibition de l'hypothèque des biens à venir comme une conséquence du principe de la spécialité, l'a étouffé en grande partie, sous de nombreuses exceptions à propos des hypothèques conventionnelles aussi bien qu'à propos des hypothèques légales et judiciaires.

A propos des hypothèques conventionnelles, le Code civil admet deux exceptions à la règle que les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués : l'une est prévue par l'article 2130, l'autre par l'article 2131.

SECTION PREMIÈRE

Exception prévue par l'article 2130

Cet article est ainsi conçu : « Néanmoins, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant

cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite y demeure affecté à mesure des acquisitions. » Le législateur prévoit ici l'hypothèse où les biens présents du débiteur ne garantissent pas suffisamment le créancier; dans ce cas, il autorise ce débiteur à hypothéquer ses immeubles futurs, mais sous certaines conditions.

§ I

Conditions exigées pour pouvoir valablement hypothéquer les biens à venir

L'article 2130 exige quatre conditions pour pouvoir valablement hypothéquer les biens à venir :

La première : que l'insuffisance des immeubles présents soit déclarée dans l'acte constitutif d'hypothèque;

La seconde : que les biens présents soient insuffisants;

La troisième : que tous les biens présents soient hypothéqués;

La quatrième : que les biens à venir soient affectés au fur et à mesure des acquisitions.

Première condition. — Le débiteur doit déclarer dans l'acte constitutif d'hypothèque que ses biens présents sont insuffisants. Cette condition est exigée

expressément par l'article 2130 : « Le débiteur dont les biens présents sont insuffisants *peut en exprimant cette insuffisance.* » Cette déclaration n'a rien de sacramentel. Il suffit qu'elle soit nettement et clairement exprimée par des énonciations assez précises pour ne permettre aucun doute. Ainsi a été validée la déclaration du débiteur, qu'il hypothèque ses biens à venir, pour garantir davantage le remboursement de la somme empruntée et qu'il agit conformément à l'article 2130 du Code civil (1).

Mais cette déclaration, si elle n'a rien de sacramentel, est obligatoire. Donc, si une constitution d'hypothèque portait à la fois sur les biens présents et sur les biens à venir sans que l'insuffisance des biens présents fût déclarée, la stipulation serait nulle, alors même que ces biens seraient réellement insuffisants.

Dans quelle mesure l'annulation devra-t-elle être prononcée ? Il faut distinguer : si la constitution d'hypothèque est générale, si les parties ont déclaré que l'hypothèque frapperait sur tous les biens présents et à venir, la convention sera nulle pour le tout et radicalement nulle, car ce serait un retour au principe de la généralité, principe que la loi prohibe formellement dans l'article 2129 C. civ. Mais si les parties ont déclaré que l'hypothèque porterait spécia-

(1) Nancy, 22 août 1867. Dalloz, 1868, 2, 117.

lement sur tel et tel immeuble existant actuellement dans le patrimoine du débiteur et en outre sur les immeubles qu'il pourrait acquérir ultérieurement, la convention ne sera annulée que pour partie, elle ne sera annulée que relativement aux biens à venir ; elle sera valable quant aux immeubles présents et spécialement déterminés dans l'acte constitutif d'hypothèque (1).

Deuxième condition. — Il faut que les immeubles présents soient réellement insuffisants.

Un créancier qui a hypothèque sur des immeubles suffisants pour garantir sa créance ne doit pas demander à son débiteur de lui affecter ses biens futurs. Cependant, il peut se faire qu'il soit assez défiant et, profitant de la gêne momentanée dans laquelle se trouve son débiteur, qu'il se fasse accorder cette garantie exagérée.

L'hypothèque constituée sur les biens à venir, si les biens présents sont suffisants, ne sera pas valable, alors même que le débiteur aurait déclaré dans l'acte constitutif d'hypothèque que ces derniers étaient insuffisants.

Il est cependant une doctrine (2), d'après laquelle la déclaration d'insuffisance est tout ce qu'exige la loi, car elle montre que le créancier a demandé des garanties supplémentaires et comme il n'était pas

(1) Paul Pont, *op. cit.*, tome II, n° 684 ; Gillard, *op. cit.*, n° 275.
(2) Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome IX, p. 188.

forcé de prêter, les biens présents étaient insuffisants puisque le créancier ne s'en contentait pas. La loi, ajoute-t-on, part bien de l'idée d'insuffisance des immeubles présents, mais quand elle arrive aux conditions nécessaires pour la validité de l'hypothèque frappant les biens à venir, elle n'en montre pas d'autre que l'expression de l'insuffisance par le débiteur.

Les conséquences de cette théorie suffiraient pour nous la faire répudier. En effet, si la déclaration d'insuffisance était seule exigée par la loi, cette clause deviendrait de style dans tous les actes constitutifs d'hypothèque et les parties trouveraient là un moyen véritablement facile d'éluder la prohibition de l'hypothèque conventionnelle des biens à venir.

Mais la loi n'a pas commis une pareille imprudence, elle n'exige pas seulement la déclaration de l'insuffisance des biens présents, elle veut aussi que ces biens soient réellement insuffisants et ce n'est qu'à cette condition qu'elle permet exceptionnellement l'hypothèque des biens à venir. Si les biens présents sont suffisants, nous sommes en dehors de l'hypothèse prévue par la loi et le principe posé par l'article 2129 *in fine* s'applique dans toute sa rigueur.

M. Colmet de Santerre prétend que si l'on permet de critiquer la déclaration faite par le débiteur de l'insuffisance de ses immeubles présents, on ne

trouvera plus de capitaliste pour accepter comme garantie les biens à venir, parce qu'il craindra toujours que les tribunaux n'envisagent pas comme lui la valeur des biens présents et leur suffisance, et ne déclarent suffisant le gage qui lui paraîtra trop faible pour garantir sa créance. Ce danger ne nous paraît pas bien redoutable; il ne faut pas oublier qu'il sera très difficile aux intéressés de fournir la preuve de la suffisance du patrimoine, présumé d'après la déclaration insuffisant. Ils ne se risqueront que difficilement à faire une preuve pareille, et nous craignons bien plus que le débiteur qui a hypothéqué ses biens à venir ne trouve plus de crédit, malgré l'insuffisance des immeubles présents, que nous ne redoutons la pénurie des prêteurs sur biens à venir, en présence de biens actuels suffisants.

Enfin, dit-on, il n'existe aucun texte donnant aux tribunaux le droit d'apprécier cette déclaration. S'il en était autrement, les juges reviendraient sur la convention des parties, ils la reviseraient, ils admettraient véritablement une rescision pour cause de lésion.

Il est vrai que les tribunaux ne sont pas appelés à réviser la convention des parties; ils n'ont pas le droit, comme on l'a dit, de la rescinder pour cause de lésion; mais en cette matière, comme en toute autre, ils ont le droit de rechercher si la convention réunit les conditions requises pour sa validité et de

prononcer, si elles ne sont pas remplies, la sanction formellement édictée par la loi (1).

Quant à l'objection qu'il n'y a pas de texte donnant aux tribunaux ce droit, nous répondrons qu'il n'est pas besoin d'un texte pour permettre aux tribunaux de faire respecter les prohibitions de la loi. Donc, si la déclaration du débiteur est mensongère, les tribunaux annuleront l'affectation hypothécaire des biens à venir, sans cependant porter atteinte à l'hypothèque des biens présents.

Mais par qui pourra être invoquée cette nullité? Duranton (2) n'admet pas les autres créanciers du débiteur à critiquer l'affectation des biens à venir sous prétexte que les biens présents et libres étaient plus que suffisants pour garantir le paiement de la créance ; cela donnerait lieu, dit-il, à des procès sans nombre, à des expertises et à une multitude de difficultés et d'entraves. Il prend aussi en considération les chances de détérioration des biens présents, et les erreurs possibles dans l'appréciation de leur valeur vénale.

Persil (3) refuse l'action en nullité au débiteur : « Si, par la suite, il était fâché, dit-il, d'avoir engagé « des biens qu'il n'avait pas encore, mais qu'il a « acquis depuis, il ne sera pas recevable à dire que

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, tome II, p. 444.
(2) *Op. cit.*, tome XIX, n° 378.
(3) *Régime hypothécaire*, art. 2130.

« ceux qu'il possédait lors de l'établissement de « l'hypothèque étaient suffisants, et que, par consé- « quent, il n'avait pas pu hypothéquer ceux « qu'il acquerrait par la suite. » Ainsi le débiteur ne serait pas recevable à demander la nullité partielle de l'hypothèque qu'il a consentie pour cause d'insuffisance des biens primitifs. Et, le fût-il, il ne pourrait être admis à la preuve de cette insuffisance. « La déclaration d'insuffisance qu'il a faite, dit Persil, sera une loi pour tous, même pour lui. » Et il voit là une garantie de la sincérité de la déclaration.

Quant au créancier, tout le monde s'accorde à lui refuser l'action en nullité. Il n'a aucun intérêt à cela. Or nous savons que l'intérêt est la mesure des actions, que celui qui n'a pas d'intérêt n'a pas d'action.

Nous pensons, au contraire, que tous les tiers intéressés : créanciers hypothécaires ultérieurs, ou acquéreurs de biens entrés postérieurement dans le patrimoine du débiteur, puis revendus par lui, pourront attaquer la déclaration d'insuffisance en vertu de ce principe que toute personne peut en appeler aux tribunaux pour faire cesser un dommage et un tort contraire au droit. Or, ici, en contestant la déclaration d'insuffisance, c'est à un élément essentiel, à la validité de la constitution d'hypothèque, que s'attaquent les intéressés. Pas d'hypothèque de biens à venir, pas de crédit engagé pour l'avenir, si

le crédit actuel suffit ; c'est l'existence d'un élément essentiel et nécessaire à la validité juridique de l'hypothèque qui fait l'objet du débat.

Contrairement à l'opinion émise par Persil, nous admettons le débiteur lui-même à se prévaloir de la nullité de l'hypothèque constituée sur les biens à venir, lorsque les immeubles présents ne sont pas réellement insuffisants. Lui aussi a intérêt à ce que son crédit futur ne soit pas atteint alors que son crédit actuel suffit pour garantir son créancier.

Enfin nous ajouterons, et nous croyons cet argument péremptoire : dans notre droit, on reconnaît deux sortes nullités : les nullités absolues, pouvant être invoquées par toute personne intéressée, et les nullités relatives, ne pouvant être invoquées que par certaines personnes spécialement déterminées. En principe les nullités sont absolues, elles ne sont relatives que s'il y a un texte qui le déclare et qui détermine les personnes qui peuvent s'en prévaloir.

Dans notre hypothèse, nous n'avons pas de texte disant que cette nullité est relative ; elle est donc absolue ; or, si elle est absolue, tous ceux qui ont intérêt à s'en prévaloir peuvent le faire.

Nous avons à nous demander maintenant quand y a-t-il insuffisance des biens présents?

Cette insuffisance existe quand les immeubles présents et libres du débiteur ne représentent pas une valeur vénale assez considérable pour la sûreté

de la créance. Par biens libres, nous entendons les biens exempts de toute charge hypothécaire, ou la partie de ces biens que laisse encore libre l'existence des charges hypothécaires antérieures. Cette valeur libre se calcule en déduisant de la valeur totale le montant des créances garanties par les hypothèques ou les privilèges existant sur l'immeuble.

Pour savoir si les biens présents sont insuffisants, il faut donc tenir compte des charges hypothécaires qui les grèvent. Ainsi, par exemple, une personne veut emprunter 10.000 francs, en affectant à la sûreté de la dette un immeuble qui vaut 15.000 francs, mais qui est déjà affecté à la garantie d'une autre dette de 10.000 francs. Cette personne pourra hypothéquer ses biens à venir parce que l'immeuble qui existe dans son patrimoine est insuffisant, et insuffisant par suite de charges hypothécaires préexistantes.

Est-il nécessaire d'avoir des biens présents pour pouvoir valablement hypothéquer ses biens à venir ?

Nous devons tout d'abord rejeter une première opinion soutenue par un seul auteur (1), M. Colmet de Santerre. On entend, dit-il, par insuffisance des biens présents l'insolvabilité actuelle, c'est-à-dire l'insuffisance ou l'absence de biens quelconques, meubles

(1) Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome IX, n° 97 *bis*, p. 188.

ou immeubles, qui soient la propriété du constituant.

S'il en était ainsi, la question de savoir si l'absence de biens présents est un obstacle à la constitution d'hypothèque des biens à venir ne souffrirait aucune difficulté par la raison fort simple qu'elle ne se poserait pas. Quel est donc le débiteur dépourvu de tout bien présent? N'eût-il que les vêtements qui le couvrent, il aurait des biens présents et qui répondraient à la condition d'insuffisance voulue par l'article 2130.

Pour nous, la loi, en exigeant la présence de biens insuffisants dans le patrimoine du débiteur, pour permettre l'hypothèque des immeubles futurs, paraît se reporter seulement à la fortune immobilière. Nous en trouvons la raison dans l'influence toute puissante au moment de la rédaction du Code civil du principe « res mobilis, res vilis ».

Cette opinion écartée, la question qui se pose est celle de savoir si le législateur a voulu que le débiteur possédât des immeubles présents pour pouvoir hypothéquer ses immeubles futurs.

Un arrêt de la cour de Besançon, du 22 août 1811 (1), a résolu négativement cette question. C'est aussi l'opinion d'un grand nombre d'auteurs (2).

(1) Sirey, 1815, 2, 189.

(2) Grenier, *op. cit.*, n° 63; Rolland de Villargues, v° *Hyp.*, n° 274; Troplong, *op. cit.*, tome II, n° 538 *bis;* Baudry-Lacantinerie, *Précis*

Au point de vue rationnel, dit-on, il n'est pas admissible que la loi ait autorisé le débiteur dont les biens présents sont insuffisants, à hypothéquer ses biens à venir, et qu'elle ait refusé la même faculté au débiteur qui n'a pas du tout de biens présents. N'y a-t-il pas un «a fortiori» pour autoriser ce dernier à hypothéquer ses biens à venir? L'absence de biens n'est-elle pas la puissance la plus élevée de l'insuffisance? Enfin, ajoute-t-on, comment croire que la loi ait pu formuler une prohibition qu'il serait si facile d'éluder dans la pratique, puisqu'il suffirait au débiteur qui n'a pas de biens présents d'acheter un immeuble de la plus modique étendue, ne fût-ce que quelques mètres carrés de terrain, pour donner légalement passage à l'hypothèque de ses biens à venir?

La jurisprudence et la doctrine décident généralement que, pour hypothéquer ses biens à venir, il faut avoir des immeubles présents (1). Nous partageons pleinement cette opinion.

La loi veut obliger le débiteur à demander d'a-

de droit civil, tome III, n° 1302; Colmet de Santerre, tome IX, n° 97 *bis;* Thézard, *op. cit.,* n° 66; Gillard, *op. cit.,* n° 279.

(1) Riom, 24 novembre 1830, S. 1833, 2, 526; Nancy, 16 août 1831, S. 1838, 2, 431; Caen, 16 juillet 1830 et 21 février 1831, S. 1842, 2, 399; Nancy, 22 août 1867. D. 1868, 2, 104; Dijon, 25 avril 1865. D. 1865, 2, 210; Cassation, 30 janvier 1872, S. 1873, 1, 404; Duranton, *op. cit.,* t. XIX, n° 373; Persil, *op. cit.,* I, sous l'art. 2130, n° 7; Pont, II, n° 688; Delvincourt, III, p. 538; Aubry et Rau, t. III, pp. 268 et 266.

bord au présent, les ressources qu'il peut lui procurer, avant d'engager l'avenir. L'hypothèque des biens à venir nous paraît s'être présentée, dans l'esprit de la loi, comme une sûreté complémentaire, subsidiaire. C'est à cette seule condition que la loi a admis cette exception à la règle posée dans l'article 2129.

Les textes de la loi ainsi que les travaux préparatoires du Code civil confirment cette opinion.

D'abord, la disposition de l'article 2130 est certainement exceptionnelle : « Néanmoins, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants..., etc. » : or, il s'en suit que, comme telle, elle doit être interprétée restrictivement ; le mot « insuffisance » ne signifie pas dans le langage ordinaire absence complète. Étant donnée cette interprétation, nous ne pouvons appliquer l'article 2130 à un débiteur qui ne possède pas d'immeubles et qui ne peut offrir d'autres sûretés hypothécaires que ses biens à venir.

Un auteur, M. Paul Pont (1), fournit une justification théorique très ingénieuse du système admis par la jurisprudence : « L'article 2130, dit-il, tout en modifiant le principe de la spécialité et en lui portant atteinte dans une certaine mesure, ne veut pas le détruire, et il s'y rattache précisément par cette obligation qu'il impose au débiteur d'avoir des biens

(1) Paul Pont, *op. cit.*, tome II, n° 688 *in fine*, p. 123.

présents dans une mesure quelconque, des biens qui puissent être affectés immédiatement et d'une manière spéciale, sans préjudice des immeubles futurs qui ne sont offerts au créancier et qui ne peuvent être acceptés par lui que comme un supplément de garantie. En d'autres termes, même dans le cas de notre article, l'affectation des biens présents constitue le principal, c'est là le contrat hypothécaire ; ce sont ses biens présents que le débiteur engage réellement. Quant à l'affectation des immeubles futurs, elle est un pur subsidiaire, une éventualité dont le résultat est incertain, et c'est par là que notre solution se trouve pleinement justifiée, en ce que l'on ne comprendrait pas que l'obligation subsidiaire fût permise à qui n'a pas la possibilité de prendre l'engagement principal. »

En faveur de notre doctrine, nous pouvons invoquer un argument tiré de l'origine de l'article 2130. Dans la pensée des rédacteurs du projet du Code, de Treilhard et Grenier, c'est l'article 4 de la loi du 11 brumaire an VII que l'on appliquait et qui ne permettait au débiteur d'hypothéquer que les biens qui lui appartenaient lors de la constitution. Si le Code civil y a apporté quelques modifications, ce n'est que sous certaines conditions, notamment l'existence d'immeubles dans le patrimoine du constituant. Les différents orateurs qui prirent part à la discussion parlèrent en ce sens. Grenier, dans son rapport au

Conseil d'État, disait : « Quoique, alors, il n'y ait d'hypothèque en faveur du créancier, relativement aux biens à venir, qu'à compter de chaque inscription, on ne verra pas moins là une facilité en faveur du débiteur *qui pourra réunir la confiance que fait naître sa fortune actuelle à celle qui résulte d'une fortune à venir* (1). » Treilhard s'exprimait dans le même sens devant le Corps législataf : « Tout ce que peut désirer un citoyen, c'est de pouvoir, quand *ses facultés présentes sont trop faibles*, donner à son créancier le droit de s'inscrire par la suite sur le premier ou le second immeuble qu'il acquerra (2). » La pensée de ces rédacteurs du Code civil était bien celle-ci : c'est que, pour pouvoir hypothéquer ses immeubles futurs, le débiteur devait avoir des immeubles présents.

Si la théorie adverse était admise, on arriverait au résultat suivant : c'est que l'hypothèque des biens à venir serait permise dans la plupart des cas, puisque tous ceux qui n'auraient pas d'immeubles ou qui en auraient d'insuffisants pourraient hypothéquer leurs biens à venir; elle ne serait interdite qu'à ceux qui auraient des immeubles suffisants. Avec ce système, l'exception deviendrait la règle, et la règle deviendrait l'exception. Les textes démentent formellement une pareille doctrine, le Code civil a posé

(1) Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, tome XV, p. 496.
(2) Fenet, tome XV, p. 464.

en principe la prohibition de l'hypothèque des biens à venir, il ne l'a permise qu'exceptionnellement lorsque les immeubles présents du débiteur sont insuffisants. Un arrêt de la Cour d'Amiens du 4 avril 1842 a consacré cette opinion (1) :

« Considérant, dit cette Cour, que l'article 2129 « consacre en principe général qu'il n'y a d'hypo- « thèque conventionnelle valable que celle qui déclare « spécialement la nature et la situation de chacun « des immeubles sur lesquels elle est consentie, et « que par suite les biens à venir ne peuvent pas être « hypothéqués ; qu'il n'a été fait exception à ce prin- « cipe par l'article 2130 que pour le cas où, une « hypothèque étant déjà constituée sur des biens « présents, il ne s'agit que de donner au créancier « un complément de garantie ; *qu'appliquer ce der-* « *nier article au cas où il n'existe aucun bien présent*, « *ce serait non seulement étendre l'exception au delà* « *des limites dans lesquelles la loi l'a renfermée, mais* « *même détruire complètement le principe.* »

En ne permettant l'hypothèque des biens à venir qu'au débiteur qui a des immeubles présents, le législateur a voulu interdire cette hypothèque au fils de famille qui, riche d'espérance, n'a la plupart du temps aucun bien actuel. En admettant l'opinion adverse, on arriverait à permettre justement ce que le

(1) Sirey, 1842, 2, 399.

législateur a voulu surtout empêcher, puisque le fils de famille qui ne possède rien pourrait hypothéquer ses immeubles futurs.

M. Léon Michel justifie ainsi cette exigence du Code civil :

« La loi, dit-il (1), se méfie avec raison de l'opération dans laquelle on voit le débiteur offrir pour toute sûreté un gage hypothécaire sur les biens à venir, et le créancier accepter cette combinaison ; elle dénote l'imprévoyance du débiteur prodigue qui escompterait d'ordinaire une succession espérée et de la part du créancier une spéculation usuraire. Si, au contraire, le débiteur, en grevant d'hypothèque tous ses biens présents, a déjà épuisé son crédit actuel, l'affaire ne donne plus prise aux mêmes soupçons, elle doit du moins, elle peut être prise au sérieux ; le Code permet de renforcer *l'insuffisance* du gage actuel par l'affectation complémentaire des biens à venir. »

La Cour de cassation a confirmé notre doctrine par un arrêt du 20 janvier 1872 (2).

« Attendu, dit-elle, que d'après le texte comme d'a-
« près l'esprit de la loi, l'article 2130 faisant excep-
« tion à l'article 2129, aux termes duquel les biens
« à venir ne peuvent pas être hypothéqués, l'affecta-
« tion hypothécaire des biens à venir n'est permise

(1) Dalloz, 1895, I, 305.
(2) Sirey, 1873, I, 404.

« que lorsqu'elle a pour but de suppléer à l'insuffi-
« sance des biens présents ; d'où la conséquence que
« le débiteur ne peut hypothéquer ses biens à venir
« qu'autant qu'il affecte d'abord et principalement
« ses biens présents à l'acquit de sa dette. »

Nous venons de voir qu'il est nécessaire de posséder des immeubles présents pour pouvoir hypothéquer valablement ses biens à venir. Or, il peut arriver que le droit de propriété du constituant sur les immeubles présents soit rétroactivement résolu, de sorte qu'il est censé n'en avoir jamais été propriétaire; dans ce cas, devra-t-on maintenir l'hypothèque qui aura été constituée sur les biens à venir?

Cette question s'est présentée tout récemment devant la Cour de Riom et devant la Cour de cassation. Elle a été diversement résolue. Tandis que la Cour de Riom (1) décide que, le droit de propriété, et par conséquent l'hypothèque sur les immeubles présents venant à être résolue, l'hypothèque sur les biens à venir doit disparaître, la Cour de cassation (2), au contraire, maintient l'hypothèque sur les biens à venir, malgré la résolution du droit de propriété du constituant sur les biens présents.

« Attendu, dit la Cour suprême, que le contrat
« réunissait, au moment où il a été formé, toutes
« les conditions que l'article 2130 exigeait pour sa

(1) 26 mars 1892, S. 1896, I, 434.

(2) 11 mars 1895, S. 1896, I, 434.—La Cour de Limoges a adopté la théorie de la Cour de cassation, arrêt du 27 mai 1896. D. 1897, 2, 143.

« validité ; que par suite les divers immeubles, que « cette convention affectait à la sûreté de la créance, « ont été valablement frappés par l'hypothèque au « fur et à mesure des inscriptions ;

« Qu'une fois ces affectations hypothécaires ré- « gulièrement constituées, elles subsistent indépen- « dantes les unes des autres et qu'aucune disposition « de la loi ne subordonnait leur existence ultérieure « aux causes de résolution qui pouvaient atteindre « la propriété de l'immeuble hypothéqué en premier « lieu. »

Cet arrêt constitue une pétition de principe. On affirme que le contrat réunissait, au moment de sa formation, toutes les conditions exigées pour sa validité. C'est justement ce que nie la Cour de Riom et ce qu'il aurait fallu établir : « L'argumentation de l'arrêt de la Cour de cassation, dit M. Léon Michel (1), supposerait une proposition antécédente qu'il sous-entend et qu'il eût peut-être été utile de faire apparaître, à savoir : que l'hypothèque des biens à venir est valablement constituée par cela seul qu'en fait, à la date de l'acte constitutif, les biens présents du débiteur ont été grevés d'hypothèque, alors même que cette hypothèque, par l'accomplissement ultérieur d'une condition, serait censée non avenue. » Le savant professeur justifie ainsi la solution de la Cour de cassa-

(1) Léon Michel, D. 1895, I, 305.

tion : la condition résolutoire accomplie, dit-il, fait tomber, à la vérité, les effets de droit attachés à l'acte juridique résolu, mais ne peut matériellement faire disparaître les faits accomplis. Or, si la loi subordonne l'hypothèque des biens futurs à l'hypothèque simultanée des biens présents, c'est là une exigence de fait et non une exigence de droit, car rationnellement l'hypothèque des biens à venir pouvait se suffire à elle-même ; si la loi en a décidé autrement, c'est pour que la loyauté du contrat ne fût pas douteuse, pour que le débiteur ne fût pas soupçonné d'escompter l'avenir en hypothéquant uniquement ses biens futurs : dès lors que l'élément de fait existe au jour de l'acte, l'hypothèque des biens à venir est valable.

La condition mise par la loi à l'hypothèque des biens à venir, répond M. Albert Wahl (1), n'est pas une condition de fait, mais une condition de droit, car la validité de l'hypothèque des biens présents dépend uniquement du point de savoir si les conditions de forme ou de fond exigées pour la constitution d'une hypothèque ont été accomplies et ces conditions consistent dans l'observation de prescriptions juridiques.

D'ailleurs, ajoute-t-il, il est certain que la loi aurait pu, par une disposition expresse, décider que la résolution ou la nullité de l'hypothèque des biens

(1) Albert Wahl, S. 1896, I, 434.

présents fera rétroactivement tomber l'hypothèque des biens à venir. C'est donc que cette solution ne se heurte pas, comme celle qui voudrait anéantir un fait accompli, à un obstacle matériel.

Quant à nous, la solution donnée par la Cour de cassation doit être rejetée. La disposition de l'art. 2130 est essentiellement exceptionnelle. Ce texte suppose que le débiteur, au moment où il consent l'hypothèque, a des biens présents ; il suit de là que ses biens à venir ne peuvent être atteints que subsidiairement. Nous ne saurions admettre une hypothèque de biens à venir n'ayant pas le caractère subsidiaire : dès lors la résolution de propriété des biens présents anéantit rétroactivement l'hypothèque des biens à venir.

Remarque.— Il peut arriver qu'un débiteur ayant hypothéqué des biens présents et à venir l'hypothèque des biens présents n'ait aucun effet, par des circonstances postérieures dépourvues de rétroactivité: le créancier notamment a omis de faire inscrire l'hypothèque. Dans ce cas, si le créancier a pris inscription sur les biens à venir au fur et à mesure de leur entrée dans le patrimoine du débiteur, ces dernières affectations hypothécaires n'en restent pas moins valables. L'hypothèque des biens à venir est subordonnée à la validé de l'hypothèque des biens présents, et non à son efficacité. Personne ne le conteste.

Troisième condition. — Il faut que tous les immeubles présents soient hypothéqués.

On peut concevoir deux situations dans lesquelles peut se trouver celui qui veut constituer hypothèque sur ses biens à venir : ou bien il a tous ses immeubles présents grevés d'hypothèques pour leur valeur et au-delà, ou bien il a certains de ses immeubles libres (1). Lorsque le constituant a des immeubles présents et libres, il doit les affecter tout d'abord à la garantie de son créancier pour pouvoir affecter ensuite ses immeubles futurs. L'article 2130 n'autorise l'affectation des biens à venir que si les biens présents et libres sont insuffisants.

En accordant cette faveur au débiteur dans le cas où il ne peut offrir à son créancier que des garanties insuffisantes, la loi nous paraît exprimer implicitement que le débiteur n'a pas le droit d'augmenter volontairement cette insuffisance en n'hypothéquant pas ses biens actuels. Comme le disent très justement MM. Baudry-Lacantinerie et De Loynes (2), la loi veut que le débiteur demande au présent les ressources qu'il peut lui fournir avant d'engager l'avenir. Mais si les immeubles présents du constituant sont grevés d'hypothèques pour leur valeur ou au delà, faut-il qu'ils soient affectés quand même ?

(1) Il faut comprendre sous la dénomination de biens libres, non seulement ceux qui sont exempts de toute charge hypothécaire, mais aussi tous ceux qui sont hypothéqués pour une somme inférieure à leur valeur vénale.

(2) *Op. cit.*, tome II, p. 441.

« Régulièrement, dit M. Duranton (1), le débiteur, « avant d'hypothéquer ses immeubles à venir, doit « affecter tous ses immeubles présents, lors même « qu'ils seraient déjà hypothéqués à d'autres créan- « ciers pour leur valeur, et au delà. »

Mais, objecte-t-on, à quoi servira au créancier d'avoir une hypothèque sur des biens déjà grevés de dettes supérieures à leur valeur ? Nous répondrons que cette hypothèque peut lui être utile, si nous songeons que ces biens peuvent augmenter de valeur par suite d'une foule de circonstances qu'il est impossible de prévoir au moment du contrat. Il peut très bien se faire, par exemple, qu'un immeuble d'une valeur actuelle de 10.000 francs vaille dans un avenir plus ou moins éloigné 20.000 francs. Si cet immeuble est déjà hypothéqué pour 15.000 francs, dira-t-on qu'il n'y aura aucune utilité pour un créancier futur à l'avoir pour garantie de sa créance. Il est possible en outre que le débiteur, par suite de clauses ou conditions diverses sous lesquelles il a contracté, soit amené à éteindre telle dette hypothécaire de préférence à telle autre et que, à un moment donné, une hypothèque d'un rang inférieur se trouve en ordre utile.

Quatrième condition.—Il faut que les biens à venir soient affectés au fur et à mesure des acquisitions.

Cette dernière condition consiste dans la nécessité

(1) *Op. cit.*, tome XIX, n° 377.

pour le débiteur de déclarer dans l'acte constitutif d'hypothèque qu'il affecte ses biens à venir au fur et à mesure des acquisitions, article 2130 : « il (le dé- « biteur) peut consentir que chacun des biens qu'il « acquerra par la suite y demeure affecté au fur et « à mesure des acquisitions. »

En soumettant l'hypothèque des biens à venir à cette condition, le législateur n'a pas voulu qu'il fût permis de grever un bien futur en réservant libre un bien à acquérir antérieurement. On ne pourra donc pas convenir, par exemple, que le second immeuble qui entrera dans le patrimoine du débiteur sera seul affecté et laisser libre le premier immeuble.

§ II

Biens à venir qui peuvent être hypothéqués

L'article 2130, en autorisant par exception l'hypothèque des biens à venir au cas d'insuffisance des biens présents, ne fait aucune distinction entre ces différents biens suivant leur origine : « Il (le débiteur) peut consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite y demeure affecté à mesure des acquisitions. » Lors donc qu'une hypothèque aura été consentie conformément à l'article 2130, sans limitation convenue, tous les immeubles qui surviendront plus tard au constituant seront affectés à la

garantie du créancier; peu importe qu'ils soient acquis à titre onéreux ou à titre gratuit.

Cependant deux arrêts : l'un de la Cour de Rouen, l'autre de la Cour de Dijon (1), se sont prononcés en sens contraire. Ces arrêts déclarent que la faculté accordée au débiteur, par l'article 2130, par exception à l'article 2129, de consentir une hypothèque sur les biens à venir, ne peut être exercée que relativement aux immeubles qu'il acquerra à titre onéreux, mais non quant à ceux qui peuvent lui advenir par succession. Ces deux cours justifient leurs décisions en se fondant sur l'article 1130, qui prohibe toute stipulation sur une succession non encore ouverte, du consentement même de celui de la succession duquel il s'agit.

« Considérant, dit la Cour de Rouen, que l'article « 2130, en donnant la faculté de consentir que les « biens qui seraient acquis par la suite demeureraient « affectés à mesure des acquisitions, n'a eu en vue « que les acquisitions à titre onéreux et n'a pu pré- « voir la transmission de propriété dans le cas de « l'article 711 du même Code, puisqu'il est de prin- « cipe qu'on ne peut faire aucune stipulation sur « une succession non ouverte, ni aliéner la succes- « sion d'une personne vivante. »

En déclarant que l'hypothèque des biens à venir

(1) Dijon, 15 avril 1855. D. 1855, 2, 218 ; Rouen, 8 août 1820. D., *Répertoire*, v° *Privil. et hyp.*, p. 188.

ne pouvait s'entendre que des immeubles acquis à titre onéreux parce que la loi prohibe les pactes sur successions futures, cette Cour a commis une grave erreur. L'article 1130 C. c., en effet, n'interdit que les pactes sur successions futures, il ne parle pas de la donation entre vifs, qui cependant est un mode d'acquérir à titre gratuit. Nous n'avons pas de texte prohibant les conventions faites sur donations à venir, par conséquent l'hypothèque consentie conformément à l'article 2130 sur tous les biens à venir du débiteur portera sur tous les immeubles acquis à titre de donation. Quant aux immeubles acquis par succession, sans doute le débiteur ne peut pas les hypothéquer d'une manière directe, il y aurait pacte sur succession future. Cette disposition tomberait aussi sous le coup de l'article 2124, qui prohibe l'hypothèque de la chose d'autrui, comme elle tombe sous le coup des articles 791 et 1130 C. civ. qui prohibent les pactes sur succession future. En effet, tout bien qui n'appartient pas au débiteur et qui n'est pas « res nullius » appartient à autrui : les biens de la succession ont un propriétaire actuel parfaitement défini.

Mais si les biens d'une succession ne peuvent être séparément hypothéqués pour la double raison indiquée, ils peuvent l'être avec tous autres biens à venir, considérés *in globo*. Il n'y a pas alors prise en considération particulière des biens de la succession

à échoir ; ceux-ci sont compris dans la masse des biens à venir, et c'est cette masse qui est hypothéquée. Il n'y a pas convention portant sur succession future, mais sur le patrimoine futur en général, et cette convention est d'autant plus licite qu'elle ne porte pas sur des choses appartenant à une personne déterminée. Cette question a été soulevée au moment de la rédaction du Code civil, et Bigot-Préameneu s'exprimait ainsi (1) : « On ne pourrait pas « hypothéquer spécialement les biens d'une succes- « sion future, mais il est juste que ces biens soient, « dès le temps d'une obligation non défendue par la « loi, affectés au paiement, dans le cas où ils écher- « ront. »

Il faut cependant réserver l'hypothèse où il y aurait fraude à la loi prohibant les pactes sur succession future : il se peut que les parties n'aient masqué, derrière une convention portant sur tous les biens à venir en général, qu'une convention dans laquelle elles prenaient en considération exclusivement et avant tous autres les biens attendus d'un parent encore vivant et dont le créancier escomptait la mort prochaine.

Nous n'ignorons pas que la preuve présentera certaines difficultés, mais les circonstances dans lesquelles l'acte est intervenu, la qualité du créancier pourront servir d'indices venant révéler la fraude.

(1) Locré, *Travaux préparatoires du Code civil*, tome VII, p. 68.

§ III

Les biens à venir peuvent-ils être affectés en partie ?

Lorsqu'un débiteur hypothèque ses biens à venir, le plus souvent, il les affecte tous sans distinction, mais il peut aussi n'en affecter que quelques-uns. Grenier en faisait la remarque dans son rapport au Tribunat : « On pourra, disait-il, pour ne pas grever inutilement la totalité des biens futurs, convenir qu'il n'y aura qu'une partie de ces biens sur lesquels il pourra être pris des inscriptions. »

En limitant ainsi les immeubles futurs qu'il affecte à la garantie de son créancier, le débiteur doit respecter l'ordre dans lequel les biens lui écherront. L'article 2130 dit en effet : il (le débiteur) peut consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite y demeure affecté au fur et à mesure des acquisitions (1). Le débiteur ne pourrait donc pas convenir, par exemple, que le second immeuble qu'il acquerra sera affecté et laisser le premier libre.

Mais lorsque l'ordre des acquisitions est respecté, nous pensons que les parties peuvent limiter à leur guise les affectations hypothécaires des biens à venir. Elles peuvent convenir, par exemple, que l'hy-

(1) « Tout ce que peut désirer un citoyen, disait Treilhard, c'est de pouvoir, quand ses facultés présentes sont trop faibles, donner à son créancier le droit de s'inscrire par la suite sur le premier ou le second immeuble qu'il acquerra » (Fenet, tome XV, p. 464).

pothèque ne portera que sur le premier immeuble que le débiteur acquerra. La légitimité de cette limitation paraît hors de doute à Persil (1).

Une autre convention nous paraîtrait également irréprochable : c'est celle qui porterait que le débiteur affecte tous les immeubles qui pourront lui échoir, mais seulement jusqu'à ce que la masse des biens hypothéqués atteigne telle ou telle valeur.

§ IV

Qui peut hypothéquer ses biens à venir ?

L'article 2130 ne parle que du débiteur dont les biens sont insuffisants, mais nous ne pensons pas que l'hypothèque des biens à venir soit interdite à un tiers garantissant la dette d'autrui.

En faveur de la négative, on ne peut tirer argument de l'article 2130, car il faudrait appliquer la même solution à tout cautionnement réel. Comme le fait très justement remarquer M. Colmet de Santerre (2), la rédaction de l'article 2130 est semblable sous ce rapport à celle de l'article 2129, on doit en conclure que, dans les deux articles, la loi a prévu le cas le plus ordinaire, l'hypothèque donnée par l'intéressé lui-même, sans prohiber, dans un cas plus que dans l'autre, la convention faite par un tiers dans l'intérêt du débiteur.

(1) Persil, *Régime hypothécaire*, art. 2138, § 1.
(2) *Op. cit.*, tome IX, n° 97 *bis*.

§ V

Nature de l'hypothèque conventionnelle des biens à venir?

Un débiteur dont les biens présents sont insuffisants affecte à la garantie de son créancier tous ses biens présents et à venir conformément à l'article 2130. L'hypothèque qui atteint les biens présents est régie par les articles 2129 et 2148 ; elle est en conséquence spéciale sous tous les rapports. Quant aux biens à venir, ils ne peuvent pas être spécialisés dans l'acte constitutif d'hypothèque. Comment, en effet, pouvoir indiquer la nature et la situation de ces immeubles puisqu'on ne les connaît pas? Devra-t-on qualifier d'hypothèque générale l'hypothèque qui frappera ces biens?

Nous ne le croyons pas. Pour constituer une hypothèque conventionnelle, il faut considérer deux éléments: l'acte constitutif d'hypothèque et l'inscription. Sans l'inscription, il n'y a ni droit de suite, ni droit de préférence, or l'inscription de l'hypothèque conventionnelle des biens à venir est spéciale, comme celle des biens présents. L'article 2148-1° nous dit, en effet, que le débiteur, pour prendre inscription, doit produire au bureau du conservateur des hypothèques un bordereau indiquant l'espèce et la situation des immeubles sur lesquels il entend conserver

son hypothèque ; il ne fait exception à cette règle que pour les hypothèques légales ou judiciaires ; l'article 2148-1° s'applique donc à toute espèce d'hypothèque conventionnelle; aussi bien à celle qui affecte les biens à venir qu'à celle qui affecte les biens présents.

Il n'est pas possible, au reste, de douter du sens attaché par les auteurs du Code à l'article 2130, quand on se reporte aux travaux du Conseil d'État. On y voit que, si les articles 2129 et 2130 y furent adoptés sans discussion, le Conseil arrêta en principe, à la séance du 19 pluviôse an XII, que toute hypothèque serait publique, que l'hypothèque conventionnelle serait toujours spéciale (1).

La majorité des auteurs et la jurisprudence considèrent l'hypothèque conventionnelle des biens à venir comme une hypothèque spéciale. Un arrêt de la Cour de cassation du 27 avril 1848 (2) s'est nettement prononcé en ce sens : l'article 2130, dit-il, en permettant au débiteur d'hypothéquer ses biens à venir en cas d'insuffisance de ses biens présents, n'a rien changé au caractère de l'hypothèque conventionnelle et de spéciale qu'elle était ne l'a pas rendue générale. Cette hypothèque, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, ne cesse pas d'être spéciale en ce sens que les immeubles sont spécialement

(1) Locré, tome XVI, p. 218, n° 10.
(2) Sirey, 1848, I, 39.

affectés au créancier et qu'il doit prendre une inscription sur chacun de ces biens.

L'hypothèque des biens à venir diffère cependant de l'hypothèque des biens présents au point de vue de l'inscription. En dehors de certains cas limitativement déterminés, le créancier à qui il a été donné hypothèque sur les immeubles présents est libre de la faire inscrire à tel moment qu'il lui plaît, ou d'attendre à ses risques et périls; au contraire, pour le créancier qui a une hypothèque conventionnelle sur les biens à venir, la possibilité de prendre inscription ne s'ouvre pas dès le moment de la stipulation d'hypothèque ; elle est subordonnée à l'acquisition d'immeubles par le débiteur.

SECTION DEUXIÈME

Exception prévue par l'article 2131.

Le législateur apporte, dans l'article 2131, une nouvelle exception au principe posé par l'article 2129 *in fine :* « les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués. »

« Pareillement, dit l'article 2131, en cas que l'immeuble ou les immeubles présents, assujettis à l'hypothèque, eussent péri ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre

dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque. »

§ I

Hypothèse prévue par l'article 2131

L'article 2131 suppose que les immeubles présents, étant suffisants au moment de la constitution de l'hypothèque ou du moins ayant été acceptés comme tels, ont péri depuis ou ont éprouvé des dégradations qui les ont rendus insuffisants : « En cas que l'immeuble ou les immeubles assujettis à l'hypothèque eussent péri ou eussent éprouvé des dégradations de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier. »

On peut observer que le gage hypothécaire peut périr ou être dégradé de deux manières, soit par le fait ou par la faute du débiteur, soit sans son fait, ni sa faute. L'article 2131 a-t-il en vue ces deux hypothèses? Non, la première, c'est-à-dire lorsque la sûreté est diminuée par le fait ou la faute du débiteur, est visée par l'article 1188 C.civ., qui dispose : « Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme, lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données à son créancier. » Ainsi il avait hypothéqué une maison et il la démolit ; il avait hypothéqué une futaie non aménagée et il y pratique des coupes, et pour emprunter

un exemple à la jurisprudence, il fait immatriculer dans un port étranger un navire préalablement immatriculé dans un port français (1). Le débiteur est ici en faute et, suivant l'article 1188, il perd le bénéfice du terme. Le créancier peut alors exiger son remboursement immédiat, il n'est pas obligé de se contenter d'un supplément d'hypothèque. Le débiteur ne peut pas s'en plaindre, cette situation est son œuvre. La loi pousse même la rigueur plus loin : elle n'exige pas que la sûreté devienne insuffisante, comme dans l'article 2131 ; la déchéance du terme est encourue par cela seul que la perte ou la diminution des sûretés provient du fait ou de la faute du débiteur.

La seconde hypothèse, c'est-à-dire lorsque la sûreté est diminuée sans le fait ni la faute du débiteur, est visée par l'article 2131. Ainsi, par exemple, le débiteur avait hypothéqué une maison et elle a été détruite par un tremblement de terre ; il avait hypothéqué une futaie non aménagée et elle a été incendiée. Ici le débiteur n'est pas en faute, il n'a pas violé la loi du contrat, il doit pouvoir conserver le bénéfice des stipulations qui y ont été insérées, notamment le bénéfice du terme. L'article 2131 offre le moyen de maintenir la convention sans sacrifier les intérêts du créancier ; il dit : « le créancier pourra ou poursuivre

(1) Cassation, 19 décembre 1888. D. 1889, 1, 57.

son remboursement ou obtenir un supplément d'hypothèque. »

Au premier abord, cette solution semble contraire à une interprétation rigoureuse des principes. Le créancier hypothécaire, peut-on dire, doit avoir à souffrir des détériorations de l'immeuble comme il profite de ses améliorations. L'objet de son droit, c'est l'immeuble tel qu'il se comporte, amélioré ou dégradé. Le créancier a stipulé la sûreté telle qu'il la désirait ; il lui appartenait, à lui, maître du contrat, d'exiger une garantie plus étendue ; le débiteur doit être quitte dès lors qu'il a exécuté l'obligation qui résulte du contrat hypothécaire. Cependant la disposition de l'article 2131 se justifie par des raisons d'équité et s'explique pour qui tient compte de l'intention des parties contractantes (1). Il est certain que le créancier, en consentant un prêt hypothécaire à son débiteur, n'a traité qu'en vue de la sûreté qui lui était offerte. Cette garantie venant à disparaître, il est équitable que le créancier puisse exiger la résiliation du contrat, c'est-à-dire demander le remboursement de la créance ou obtenir un supplément d'hypothèque (2). Le débiteur n'a

(1) Paul Pont, *op. cit.*, tome II, n° 689 ; Laurent, *op. cit.*, tome XXX, n° 516 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome IX, n° 98 *bis*, I ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, tome II, n° 1389.

(2) L'article 2020 C. civ. donne la même solution en matière de cautionnement : « Lorsque la caution reçue par le créancier volontairement ou en justice est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre. »

aucun droit de s'en plaindre, son crédit ne fait qu'augmenter en raison directe de la solidité de ses garanties.

§ II

A qui appartient l'option entre le remboursement et le supplément d'hypothèque?

Le débiteur n'étant pas en faute, il ne peut être question pour lui de déchéance. S'agissant seulement d'assurer la sûreté du créancier hypothécaire, il faut laisser au débiteur le soin de la lui procurer par les moyens qu'il jugera préférables. Si l'on ne doit pas permettre au débiteur de forcer le créancier à recevoir paiement immédiat, car il pourrait en résulter un préjudice pour ce dernier, embarrassé pour le placement de ses fonds, on doit néanmoins autoriser le débiteur à refuser ce paiement immediat au créancier qui le sollicite et l'obliger à se contenter d'un supplément de garantie reconnu suffisant. « Le créancier, dit l'article 2131, pourra ou *poursuivre* dès à présent son remboursement, *ou obtenir* un supplément d'hypothèque. » Si cet article accordait le choix au créancier, il eût dit : « Le créancier pourra ou *poursuivre* son remboursement ou *réclamer* un supplément d'hypothèque. » En se servant du mot *obtenir*, il montre assez par le contraste avec le mot *poursuivre* que le choix appartient toujours au débiteur.

En admettant même que l'article 2131 laisserait place à quelque doute, l'esprit de la loi est certain. Le législateur n'a pas voulu faire supporter au débiteur malheureux l'effet de la force majeure ou d'un accident imprévu. Il a édicté pour le cas de faute l'article 1188 et pour le cas de force majeure l'article 2131.

De plus, l'article 1190 C. civ., en décidant que, dans toute obligation alternative, le choix appartient au débiteur s'il n'a pas été accordé expressément au créancier, fournit un argument dans notre sens. De même l'article 1162 C. civ., qui décide qu'en cas de doute la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

Ajoutons quelques raisons à l'argument principal déjà fourni. Dès que le débiteur a donné une garantie équivalente, le créancier est replacé dans les conditions primitives ; on ne voit pas en quoi il pourrait se plaindre et exiger son remboursement. N'est-il pas juste de permettre au débiteur de se soustraire au paiement, puisque le terme n'est pas échu, et qu'à ce moment il a besoin de toutes ses ressources pour réparer ses biens dégradés ou réédifier ses immeubles détruits?

Presque tous les auteurs admettent que le choix appartient au débiteur (1). Le créancier, dit Trop-

(1) Delvincourt, *op. cit.*, t. III, n° 309 ; Persil, *op. cit.*, sur l'art.

long, doit se borner à conclure au remboursement si mieux n'aime le débiteur lui donner un supplément d'hypothèque capable de lui servir de garantie.

§ III

Le supplément d'hypothèque peut être fourni en biens à venir

Beaucoup d'auteurs rejettent cette solution. Les articles 2130 et 2131, disent-ils, n'ont pas entre eux le lien étroit que l'on suppose. Dans l'article 2130, le créancier a consenti à courir de lui-même l'aléa d'une hypothèque sur les biens à venir ; c'est après examen, en connaissance de cause, qu'il s'en est contenté. Dans l'article 2131, le créancier se voit réduit, par cas de force majeure, à recevoir un supplément d'hypothèque, au lieu d'un remboursement immédiat ; alors faut-il que ce supplément de garantie ne soit pas quelque chose de purement aléatoire et peut-être bien illusoire ? Or, qui viendra prétendre qu'une hypothèque sur biens à venir offrira garantie suffisante à ce créancier qui avait primitivement voulu qu'un immeuble présent et déterminé lui fût affecté ?

Enfin, ajoute-t-on, à côté de l'insuffisance constatée lors du contrat, la loi place l'insuffisance sur-

2131, n° 2 ; Grenier, t. I, n° 64 ; Troplong, t. II, n° 542 ; Pont, t. II, n° 692 ; Aubry et Rau, t. III, p. 435 ; Laurent, t. XXX, n° 524 ; Thézard, n° 67 ; Colmet de Santerre, t. IX, n° 98 *bis*.

venue postérieurement, et c'est ce rapprochement qu'elle exprime en commençant l'article 2131 par le mot « pareillement ». Il s'agit, en effet, dans cet article comme dans le précédent, d'une insuffisance de biens servant de gage au créancier.

Malgré ces arguments, nous croyons possible de forcer le créancier à se contenter d'une hypothèque sur les biens à venir ; il appartient aux tribunaux de trancher le désaccord en toute liberté quand les parties ne s'entendent pas sur le supplément à fournir. Bien entendu, la plupart du temps, l'hypothèque des biens à venir ne fournira qu'une sûreté trop aléatoire pour être suffisante et les tribunaux devront contraindre le débiteur au remboursement.

Mais n'est-il pas de cas, celui par exemple où le débiteur paraît appelé en qualité d'héritier réservataire à recueillir une succession très importante, où la sûreté sera suffisante? Nous croyons donc que les tribunaux ne doivent pas, *a priori*, rejeter comme insuffisant le supplément d'hypothèque fourni en biens à venir. Sans exagérer le lien qui unit les articles 2130 et 2131, ne peut-on pas dire que le premier permet l'hypothèque des biens futurs au cas d'insuffisance de biens présents; que le second prévoit un cas d'insuffisance de biens présents et qu'il y a lieu dès lors à l'hypothèque des biens à venir, s'il ne reste pas, bien entendu, d'autres biens présents?

Pour exclure l'hypothèque des biens à venir en présence de l'insuffisance des biens présents, il faudrait un texte formel ; or l'article 2131 ne fait aucune espèce de distinction. D'ailleurs l'hypothèque fournie en supplément est, nous le savons, une nouvelle hypothèque complètement distincte de la première ; *on pourra donc lui appliquer l'article 2130.*

Le mot « pareillement », par lequel débute l'article 2131, n'a pas le sens qu'on lui donne dans l'autre théorie. Il est synonyme de néanmoins aussi et nous indique par conséquent que la loi va établir une nouvelle exception au principe posé par l'article 2129 *in fine*, lorsque l'insuffisance des biens du débiteur résulte de faits postérieurs à la constitution d'hypothèque (1).

§ IV

Conditions requises pour l'application de l'article 2131.

Première condition. — Pour que l'article 2131 soit applicable, il faut tout d'abord que le contrat soit encore susceptible de produire quelque effet en faveur du débiteur. Si l'échéance du terme est arrivée, il n'en est certainement plus ainsi, le débiteur n'a qu'un devoir à remplir, qu'une obligation à exécuter : effectuer la prestation promise. Il n'y a pas lieu de chercher à sauvegarder les droits du dé-

(1) En ce sens : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. II, p. 446.

biteur, il n'en a plus aucun. Le créancier n'a qu'a poursuivre en justice le paiement de ce qui lui est dû ; il obtiendra un jugement de condamnation, il en poursuivra l'exécution par toutes les voies de droit, le débiteur ne peut pas s'y opposer, il ne peut se soustraire à son engagement en offrant des sûretés nouvelles, il ne peut contraindre le débiteur à se contenter de ces garanties.

Deuxième condition. — Il est clair que toute diminution dans la valeur du bien hypothéqué ne donne pas droit à garantie supplémentaire. Ainsi le créancier ne pourrait pas invoquer l'article 2131, si le gage, tout en restant le même physiquement, a diminué de valeur à cause d'une crise économique qui a fait baisser le prix des immeubles.

Pour que l'article 2131 soit applicable, il faut que la diminution des sûretés soit le résultat d'une perte ou d'une dégradation matérielle du gage hypothécaire : ainsi le champ est emporté par la force des eaux, inondé par suite de la rupture d'une digue, l'immeuble est détruit par un incendie, par un tremblement de terre.

Mais, même dans le cas de perte ou de dégradation matérielle, il faut que cette diminution du gage hypothécaire survienne depuis la confection du contrat et que les parties n'aient pas prévu les événements dont elle provient (1). Aussi, le créan-

(1) Duranton, *op. cit.*, t. XIX, n° 382 ; Paul Pont, *op. cit.*, t. II,

cier ayant hypothèque sur un bois ne peut se plaindre des dépréciations qui résultent des actes réguliers de jouissance accomplis par le débiteur quoiqu'elles diminuent la valeur de l'immeuble ; elles ont été certainement prévues par le créancier et le débiteur, et sont entrées dans l'appréciation du gage offert. Par la même raison, le créancier n'aurait pas droit de se plaindre si, ayant accepté une hypothèque sur un immeuble indivis, il lui est enlevé par l'effet d'un partage ou d'une licitation (1). Le tout sauf fraude de la part du débiteur : « fraus omnia corrumpit. »

Troisième condition. — Il faut qu'il s'agisse d'une diminution rendant le gage insuffisant pour la sûreté du créancier. Par là, la disposition de l'article 2131 diffère de celle de l'article 1188. D'après ce dernier article, toute diminution des sûretés provenant du fait du débiteur entraîne la déchéance du bénéfice du terme, alors même que les sûretés qui restent seraient encore suffisantes pour la garantie du créancier.

Comment cette insuffisance sera-t-elle reconnue? La question ne se pose pas au cas de perte totale de l'immeuble ou des immeubles donnés en garantie. Mais il importe de l'examiner au cas de perte par-

n° 693 ; Aubry et Rau, t. III, p. 436; Laurent, t. XXX, n° 517; Thézard, *op. cit.*, n° 67.

(1) Caen, 25 février 1837. S. 1837, 2, 154.

tielle d'un immeuble ou au cas de perte d'un immeuble compris dans une constitution d'hypothèque portant sur plusieurs immeubles.

La plupart du temps, les parties apprécieront d'un commun accord cette diminution des sûretés. Celles-ci n'auraient pas à tenir compte de l'insuffisance qui existait déjà au moment de la constitution d'hypothèque, cela va de soi. Le créancier doit alors s'en prendre à lui-même d'avoir fait une mauvaise opération (1). Si cependant l'insuffisance, bien qu'existant déjàau jour de l'affectation hypothécaire, s'était par suite aggravée, il importerait de déterminer la différence entre les deux situations.

Si, d'ailleurs, les parties ne s'accordent pas dans les évaluations à faire, la question de fait sera soumise au juge : celui-ci se décidera sur rapport d'experts. Le juge adjugera ou rejettera la demande du créancier, suivant qu'il aura reconnu ou non l'insuffisance des immeubles hypothéqués (2).

§ V

L'article 2131 est-il applicable aux hypothèques légales et judiciaires?

L'article 2131 est placé par le législateur dans la section des hypothèques conventionnelles. Il semble

(1) Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IX, n° 98 *bis*, I.
(2) Persil, *Régime hypothécaire*, art. 2131, § 6.

naturel d'en conclure qu'il est spécial aux hypothèques conventionnelles et que sa disposition ne saurait être étendue aux hypothèques légales et aux hypothèques judiciaires. En ce qui concerne ces dernières le doute n'est pas possible : elles sont générales, elles frappent tous les immeubles présents et à venir du débiteur; il ne saurait évidemment être question d'un supplément d'hypothèque. Il en est de même pour les hypothèques légales générales. En ce qui concerne les hypothèques légales qui n'ont pas ce caractère et qui sont spécialisées par la loi elle-même, nous serions assez disposé à admettre la même solution. La sûreté est née indépendamment de la volonté des parties; elle a été créée directement par le législateur; on ne peut pas dire qu'elle a été la condition déterminante de l'obligation qui a pris naissance. C'est pourquoi nous ne pensons pas que sa seule diminution puisse exposer le débiteur à une poursuite immédiate, si mieux il n'aime fournir des garanties supplémentaires.

Mais, si l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque légale générale avaient été restreintes conformément aux dispositions des articles 2140, 2141, 2143 et 2162, l'article 2131 s'appliquerait (1); cette réduction aboutit à une véritable spécialisation du gage hypothécaire et la raison d'être de cette spéciali-

(1) Thézard, *op. cit.*, n° 180; Troplong, *op. cit.*, n° 544; Rouen, 6 juillet 1840 (S. 1840, 2, 537).

sation était précisément la certitude que le gage hypothécaire demeurerait suffisant. Un supplément de garantie s'impose si un cas de force majeure vient à détruire ou diminuer les garanties qui avaient paru suffisantes.

§ VI

Cas où l'article 2131 n'est pas applicable

a) Cas d'assurance de l'immeuble hypothéqué. — Le débiteur a donné à son créancier, comme sûreté, une hypothèque sur sa maison, et voilà que la maison vient à être incendiée par cas fortuit, sans que le débiteur puisse se reprocher aucune faute. C'est bien le cas prévu par l'article 2131, qui permet alors au débiteur, soit de payer immédiatement, soit de fournir un supplément d'hypothèque. Mais doit-on permettre au créancier de refuser le supplément d'hypothèque offert par le débiteur et d'exiger l'exercice de son droit de préférence sur la valeur de l'indemnité, avant l'échéance du terme pour le paiement, se basant sur ce que l'indemnité payée par l'assurance représente dans le patrimoine du débiteur l'immeuble détruit « pretium succedit loco rei » ? Oui, depuis la loi du 19 février 1889, qui subroge de plein droit les créanciers privilégiés et hypothécaires dans les droits de leur débiteur contre l'assureur.

L'article 2 de cette loi dit en effet : « Les indemni-

« tés, dues par suite d'assurance contre l'incendie, « contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux et « les autres risques, sont attribuées, sans qu'il soit « besoin de délégation expresse, aux créanciers pri- « vilégiés et hypothécaires, suivant leur rang, » et l'article 3 ajoute : « Il en est de même des indem- « nités dues, en cas de sinistre, par le locataire ou « par le voisin par application des articles 1733 et « 1382 du Code civil. »

Il semble donc que, dans le cas au moins où l'indemnité serait la contre-valeur exacte de l'immeuble détruit, les droits du créancier sont pleinement sauvegardés et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 2131. Ce sera seulement dans le cas où la maison aura été insuffisamment assurée que le créancier pourra ou poursuivre son remboursement immédiat ou obtenir un supplément d'hypothèque. En dehors de cette hypothèse, il semble bien difficile de reconnaître au créancier le droit de poursuivre son paiement ou d'obtenir un supplément de sûreté. L'article 2131 n'a qu'un but : sauvegarder les intérêts du créancier ; la loi du 19 février 1889 y a pourvu ; il n'y a pas de motifs pour recourir aux mesures autorisées par l'article 2131.

On peut se demander si le législateur ne devait pas, comme l'ont fait certaines législations étrangères (1), réserver au débiteur le droit de toucher

(1) Loi hypothécaire Belge et Code civil Allemand.

l'indemnité, dans le cas où la loi du 19 février serait applicable, à la condition d'employer cette indemnité à la reconstruction ou à la réparation de la chose dégradée ou ayant péri. Nous croyons que ce serait la meilleure solution ; elle éviterait au débiteur le besoin d'un nouvel emprunt pour satisfaire aux exigences de ses créanciers. Avec la législation actuelle, les parties ne peuvent arriver à cette solution que par un accord de leurs volontés réciproques.

Le dernier projet de réforme hypothécaire contient une disposition en ce sens.

Avant la loi du 19 février 1889, il y avait controverse sur le point de savoir si le créancier hypothécaire devait avoir un droit de préférence sur l'indemnité payée par l'assureur au débiteur en cas d'incendie. Certains auteurs essayaient d'assimiler l'indemnité d'assurance au prix de l'immeuble hypothéqué : l'indemnité était alors la représentation du bien sinistré. M. Labbé, dans une savante étude (1) sur l'affectation des créances à titre de gage ou de privilège spécial, essayait d'établir que l'attribution de l'indemnité au propriétaire de l'immeuble sinistré engendrait pour les créanciers une cause nouvelle de préférence, un privilège portant sur cette créance d'indemnité. Cette solution se rattachait à une théorie plus générale, en vertu de laquelle on aurait

(1) *Revue critique*, 1876, p. 683.

un privilège sur une créance dont on a fourni, à ses dépens, les conditions d'existence.

La jurisprudence et la majorité des auteurs considéraient, au contraire, qu'en l'absence d'un texte le déclarant formellement l'indemnité payée par l'assureur ne pouvait pas être considérée comme subrogée à l'immeuble. En réalité, cette indemnité est la contre-valeur des primes que l'assureur a reçues de l'assuré. Ce dernier s'est engagé, en effet, à payer à la compagnie, chaque année, une somme déterminée qui constituera le bénéfice de la compagnie si l'immeuble assuré n'est pas incendié pendant le délai assigné au contrat d'assurance. La compagnie, de son côté, s'est obligée à payer à l'assuré une certaine somme si l'immeuble vient à être incendié. Sous l'empire du Code civil, en cas d'incendie de l'immeuble hypothéqué, l'indemnité payée par la compagnie d'assurance tombait dans le patrimoine du débiteur et devenait par cela seul le gage commun de tous les créanciers (arg. art. 2093). Les créanciers hypothécaires n'avaient et ne pouvaient avoir aucun droit, en exécution de la police d'assurance, à participer au bénéfice d'un contrat qui était pour eux : *res inter alios acta*. L'assuré était toujours leur débiteur sans doute ; mais leur créance avait perdu, avec la disparition du bien hypothéqué, la qualité hypothécaire ; faute d'objet, l'hypothèque s'éteignait.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 28 juin 1881, a nettement déduit les motifs juridiques de cette solution : « Attendu, dit-elle, qu'il n'y a aucune loi qui affecte la somme assurée en cas de perte de l'immeuble péri par incendie aux créanciers qui étaient inscrits sur cet immeuble, par préférence aux créanciers chirographaires de l'assuré ; qu'on ne peut induire cette préférence de ce que l'hypothèque suivait l'immeuble et en affectait le prix aux créanciers suivant le rang de leurs inscriptions, puisque, d'une part, la somme assurée n'est pas un prix de vente, mais le produit du contrat d'assurance sans lequel elle ne serait pas due ; que même elle n'est pas susceptible d'hypothèque, puisque les biens immeubles et leurs accessoires réputés immeubles en sont seuls susceptibles, et qu'elle n'a reçu de la loi aucun de ces caractères (1)... »

b) Cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. — En ce cas, la somme due par l'État ou tout autre établissement public est véritablement le prix de l'immeuble ; elle doit par conséquent être distribuée aux créanciers hypothécaires inscrits, de la même manière que le prix qui serait dû par un acheteur. C'est ce que décide l'article 18 de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique :

(1) En ce sens : Grenoble, 17 février 1834, S. 1834, 2, 367 ; Douai, 3 janvier 1873. S. 1853, 2, 274. En sens contraire : Rouen, 27 décembre 1888. S. 1890, 2, 163.

« Les actions en résolution, en revendication et toutes « autres actions réelles ne pourront arrêter l'expro- « priation, ni en empêcher l'effet : *le droit des récla- « mants* sera transporté sur le prix et l'immeuble « en demeurera affranchi. »

Le créancier n'a donc pas, dans ces conditions, le droit d'invoquer l'article 2131 ; il doit se contenter de toucher sa créance sans pouvoir exiger un supplément d'hypothèque. Et s'il ne vient pas en ordre utile, il n'importe, la loi présume que les créanciers hypothécaires ont obtenu le prix maximum sur lequel ils pouvaient compter ; c'est ce qui explique la disposition de la loi de 1841.

Cette règle nous paraît absolument certaine : c'est à l'indemnité d'expropriation considérée comme prix maximum que les créanciers hypothécaires ont droit. Nous ne permettrions pas au débiteur de toucher cette indemnité en offrant un supplément d'hypothèque, prétendît-il même, avec l'indemnité, construire un immeuble de même valeur que le premier, qu'il affecterait spécialement en gage comme le premier aux créanciers hypothécaires (1).

C'est empiéter, selon nous, sur le terrain législatif que de dire, avec un auteur (2), qu'expropriation et vente sont choses différentes, que le mot « prix » est employé par inadvertance dans la loi de 1841,

(1) En ce sens : Paris, 13 février 1858. D. 1858, 2, 57.
(2) Del-Marmol, *Revue pratique*, 1861, t. XII, p. 211.

qu'il n'y a pas de motif de refuser l'application de l'article 2131 puisque, le créancier ne courant aucun risque, on n'a pas d'intérêt avouable à priver le débiteur de la faculté d'offrir le supplément d'hypothèque qui lui a été tacitement consentie par le contrat.

c) *Cas de l'article 2130.* — Qu'arrive-t-il si, dans le cas d'une hypothèque consentie sur biens présents et à venir en conformité de l'article 2130, un ou plusieurs des immeubles à venir, une fois entrés dans le patrimoine du débiteur, une fois affectés par l'inscription à sa garantie spéciale, viennent à périr ou à éprouver des dégradations par cas fortuit? Doit-on appliquer l'article 2131 ?

Nous ne le pensons pas (1). En effet, au cas où l'hypothèque porte sur biens à venir, c'est en connaissance de cause que le créancier s'est contenté d'une garantie aléatoire, lors de la constitution d'hypothèque. Cette affectation hypothécaire supplémentaire aurait pu ne produire aucun effet : elle a été soumise à la condition tacite « si l'immeuble entre dans le patrimoine ».

Le créancier avait donc manifesté sa volonté d'accorder le crédit malgré le peu de sécurité de l'affectation consentie. Le débiteur pouvait ne rien acquérir et le bénéfice du terme n'était point perdu. Pourquoi le créancier aurait-il plus de droits au cas de

(1) Paul Pont, *op. cit.*, t. II, n° 700.

dégradation ou de perte, puisqu'il garde encore plus ou autant de sûretés qu'il en a stipulé lors du contrat ? Dans le doute, l'article 2131 se chargerait de mettre fin à l'hésitation ; il ne parle que du cas où l'immeuble ou les immeubles présents ont péri ou éprouvé des dégradations.

CHAPITRE IV

§ I

De l'inscription de l'hypothèque conventionnelle des biens à venir.

L'hypothèque consentie sur les biens à venir atteint les biens qui adviennent au débiteur, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, au fur et à mesure des acquisitions. Mais elle ne devient opposable aux tiers que par l'inscription prise par le créancier. L'inscription vivifie l'hypothèque et toute espèce de doute se trouve effacée à cet égard par l'article 2146 C. civ., déclarant que les inscriptions d'hypothèque ne produisent aucun effet si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls. Cette expression « ne produisant aucun effet » prouve péremptoirement que l'hypothèque, pour valoir, doit être inscrite même au regard des créanciers chirographaires. Cette solution résulte aussi de l'article 448 C. co.

A quelle époque doit être prise l'inscription de l'hypothèque consentie sur les biens à venir conformément à l'article 2130?

D'après une première opinion, soutenue par Favard de Langlade, Rolland de Villargues et Caquot(1), l'inscription prise par le créancier immédiatement après la constitution d'hypothèque atteint de plein droit tous les immeubles futurs à mesure qu'ils sont acquis par le débiteur.

D'après une deuxième opinion, l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, établie sur les biens présents et à venir du débiteur conformément à l'article 2130, ne peut être prise sur les biens à venir qu'au fur et à mesure des acquisitions faites par le débiteur. Ils ne sont atteints par l'hypothèque qu'au moment où ils entrent dans le patrimoine du constituant; l'inscription ne peut être faite avant cette époque parce qu'elle doit être spéciale. Cette opinion est soutenue par la majorité des auteurs et admise par la jurisprudence.

La solution de cette question présente un très grand intérêt. Si le créancier est obligé d'attendre l'acquisition des immeubles par le débiteur pour prendre inscription, il verra son hypothèque forcément primée par les hypothèques légales et judiciaires postérieures en date, mais précédemment inscrites; ces hypothèques pourront être inscrites et

(1) Rolland de Villargues, *Répertoire*, v° *Inscription hypothécaire*, n° 291 ; Favard de Langlade, *Répertoire notariat*, v° *Hypothèques*, section II, § 3, n° 10; Caquot, *Journal du Notariat*, n°s des 6, 9 et 23 mai 1846 ; Angers, 14 juillet 1832, S. 1846, 1, 369.

prendre rang avant l'acquisition des immeubles. Pour ne pas être primé par des créanciers ayant obtenu une hypothèque postérieure en date, il devra se tenir au courant de la situation de son débiteur et se hâter de faire inscrire son hypothèque après chaque acquisition. Si on admet la première opinion ces inconvénients ne se présentent pas.

Favard de Langlade présente à l'appui de sa théorie des considérations qui ne sont pas sans force : « L'hypothèque dont parle l'article 2130, dit-il, d'invention nouvelle et, pour ainsi dire, introduite par forme de transaction entre les principes anciens si étendus et les principes nouveaux si resserrés et si rigoureux, doit avoir une participation quelconque dans la nature des hypothèques légales et judiciaires. Il faut donc, si l'on veut qu'elle ait quelque utilité (et le législateur ne veut rien d'inutile) qu'elle produise le même effet que les hypothèques légales et judiciaires. Elle ne peut être spéciale, il faut donc qu'elle soit générale ou elle ne serait rien ; et si elle est générale, il faut qu'elle s'étende par l'inscription sur tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau. Mais faut-il que l'inscription suive ou peut-elle devancer l'acquisition des biens ? Elle peut précéder l'acquisition parce que l'hypothèque est elle-même préexistante à l'acquisition. Comme l'hypothèque ne peut atteindre un immeuble qu'autant qu'il est « in bonis » du débiteur, la loi dit

une chose aussi naturelle que juste, en exprimant que chaque immeuble y demeure affecté à mesure des acquisitions. *A mesure des acquisitions.* Ainsi l'immeuble vient se ranger sous l'hypothèque, et celle-ci s'étend à mesure que s'étend l'acquisition ; c'est un effet corrélatif de la propriété à l'hypothèque. La loi s'exprime très bien, toute autre interprétation la rendrait illusoire. »

On invoque, en outre, à l'appui de cette opinion, la pensée même qui a inspiré la disposition de l'article 2130. Cette pensée a été d'augmenter le crédit du débiteur ou de le lui conserver sans aucune altération. Treilhard l'a dit expressément dans son exposé des motifs au Corps législatif : « Le projet contient cette disposition et vous pouvez juger par là que si le gouvernement a voulu pourvoir à ce que les créanciers ne fussent pas exposés aux suites de la mauvaise foi d'un débiteur, il a pourvu avec le même soin à ce que le débiteur ne fût pas la victime des circonstances malheureuses dans lesquelles il pourrait se trouver et il lui conserve son crédit entier et sans la moindre altération (1). » Cette intention bienveillante du législateur demeure sans effet, dit-on, si l'on admet la nécessité d'une inscription spéciale au fur et à mesure qu'un nouvel immeuble adviendra au débiteur. Il ne se trouvera aucun créancier

(1) Fenet, *op. cit.*, t. XV, p. 464.

pour accepter dans ces conditions une hypothèque sur les biens à venir.

On fait valoir enfin la différence de rédaction existant entre l'article présenté à la discussion du projet par la Cour de cassation et celui qui a été adopté définitivement. La Cour proposait d'insérer que : « Si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que le créancier *s'inscrive sur chacun des biens à venir* à mesure de leur acquisition(1). » L'article 2130 dit que: le débiteur peut consentir que les biens à venir *demeurent affectés* à mesure des acquisitions. Il résulte de cette différence de rédaction, dit-on, que le législateur n'a pas exigé que l'inscription fût prise sur chacun des immeubles au fur et à mesure de leur acquisition, autrement il aurait adopté la rédaction de l'article 2130 présentée par la Cour de cassation.

Cette opinion, malgré la valeur des arguments invoqués à son appui, n'a pas prévalu.

A l'argument tiré de la différence de rédaction entre l'article présenté à la discussion du projet par la Cour de cassation et celui adopté définitivement, nous répondrons : cette différence de rédaction se justifie très bien et n'implique nullement que le législateur n'ait pas voulu que l'inscription de l'hypo-

(1) Fenet, *op. cit.*, t. II, p. 660.

thèque sur les biens à venir fût prise à mesure de leur acquisition.

« L'article 2130, nous dit Paul Pont (1), placé sous la rubrique de l'hypothèque conventionnelle et parmi les dispositions qui ont trait aux caractères de cette hypothèque, n'avait pas à s'occuper de l'inscription à laquelle le Code consacre un chapitre spécial. La Cour de cassation, dans son projet, n'y avait pas pris garde, et l'on voit qu'au lieu de diviser là où la division était nécessaire, elle réunissait dans une même disposition des choses complètement distinctes, à savoir : le droit hypothécaire en lui-même et l'inscription. Il était tout simple que, dans la révision de ce projet, où l'on trouvait confondues des idées dont chacune avait sa place dans le cadre de la loi, ces idées fussent séparées et classées dans leur ordre. Ainsi fut-il fait : le droit hypothécaire fut consacré dans l'article 2130 ; ce qui avait trait à l'inscription fut renvoyé à l'article 2148. »

D'autre part, de ce que l'inscription doive être prise à mesure des acquisitions, il ne s'en suit pas que l'article 2130 soit absolument illusoire pour le créancier. Nous savons, en effet, que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins (art. 2127). Eh bien, cette convention ne sera plus nécessaire pour

(1) Paul Pont, *op. cit.*, t. II, p. 119.

le créancier dans le cas de l'article 2130 : à mesure qu'un immeuble nouveau sera acquis au débiteur, le créancier pourra le soumettre à son hypothèque par une inscription prise en vertu de la convention sans qu'il ait à demander le consentement du débiteur, car ce consentement est désormais donné.

Nous avons réfuté par avance la théorie de Favard de Langlade, d'après laquelle l'hypothèque conventionnelle des biens à venir prise conformément à l'article 2130 serait générale. Nous avons vu, au contraire, que cette hypothèque est spéciale parce qu'elle est conventionnelle et que toute hypothèque conventionnelle est toujours spéciale (1).

Nous acceptons sans difficulté l'opinion d'après laquelle l'inscription ne peut être prise qu'au fur et à mesure des acquisitions. Elle se justifie par les termes mêmes de la loi et par les travaux préparatoires du Code civil. L'article 2130 nous dit que le débiteur pourra, en exprimant l'insuffisance des biens actuels, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite demeure affecté à mesure des acquisitions. En contractant cette obligation, le débiteur affecte éventuellement des biens non encore acquis ; il les affecte sauf ensuite au créancier à prendre les mesures et à remplir les formalités prescrites par la loi pour que cette affectation éventuelle soit efficace. La preuve de ce que nous avançons

(1) Voir pages 72 et 73.

résulte de l'article 2148-5°. Cet article exige que le bordereau à présenter par le créancier au conservateur des hypothèques contienne l'indication de l'espèce et de la situation des biens, il n'est fait exception que pour les hypothèques légales et judiciaires; or nous savons que notre hypothèque est conventionnelle et que, par conséquent, cette exception ne lui est pas applicable. Il faudra donc, pour que l'inscription de cette hypothèque soit utilement prise, que le bordereau indique l'espèce et la situation des biens, ce qui ne peut se faire pour les biens à venir qu'après leur acquisition.

Les travaux préparatoires du Code civil confirment cette solution. Tous les orateurs qui prirent part à la discussion reconnurent que le créancier hypothécaire dans les termes de l'article 2130 devait prendre inscription sur chacun des biens à venir à mesure de leur acquisition. Au Conseil d'État, Bigot-Préameneu disait, en parlant de l'article 2130 : « Les partisans de la loi de l'an VII y proposent quelques modifications. Ils veulent que si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il puisse, en exprimant cette insuffisance, *consentir que le créancier s'inscrive* sur chacun des biens à venir à mesure de leur acquisition (1). » Grenier, dans son rapport au Tribunat, s'exprimait dans le même sens : « Si les biens présents et libres du

(1) Fenet, *op. cit.*, t. XV, p. 521.

débiteur étaient insuffisants..., il peut consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite demeure affecté à la créance, a mesure des acquisitions. *Quoique alors il n'y ait d'hypothèque en faveur du créancier, relativement aux biens à venir, qu'à compter de chaque inscription*, on ne verra pas moins là une facilité en faveur du débiteur (1)... » Enfin, au Corps législatif, Treilhard disait dans l'exposé des motifs: « Tout ce que peut désirer un citoyen, c'est de pouvoir, quand ses facultés présentes sont trop faibles, donner à son créancier le droit de s'inscrire par la suite sur le premier ou le second immeuble qu'il acquerra; *c'est une affectation spéciale qui se réalise par l'inscription lorsque l'immeuble est acquis* (2). »

Malgré les inconvénients nombreux que présente la théorie que nous avons adoptée, bien qu'elle blesse souvent l'équité, elle est seule conforme aux textes et à l'esprit de la loi. La jurisprudence et la majorité des auteurs lui sont favorables (3).

(1) Fenet, *op. cit.*, t. XV, p. 496.

(2) Fenet, *op. cit.*, t. XV, p. 464.

(3) Persil, *op. cit.*, t. I, n° 5; Grenier, I, p. 62; Troplong, t. I, n° 540; Duranton, XIX, n° 379; Pont, II, n° 685; Aubry et Rau, III, p. 337, § 273; Colmet de Santerre, IX, n° 97 *bis*, I; Gillard, n° 177; Baudry et de Loynes, II, n° 1670; Paris, 23 février 1825, *J. G.*, v° *Privil. et Hyp.*, n° 1303. S. 1835, 2, 209; Paris, 26 juillet 1836. *J. G.*, *eod. v°*, n° 1313; Poitiers, 23 février 1844. S. 1845, 2, 212; Cassation, 27 avril 1846. D. 1846, 1, 224; Grenoble, 17 février 1847. D. 1848, 2, 55; Caen, 18 août 1871. D. 1873, 2, 228; Paris, 20 janvier 1888 (*Gazette du Palais*, 1888, 1, 793).

La Cour suprême, par un arrêt du 27 avril 1846, cassant un arrêt de la Cour d'Angers qui avait admis la théorie que nous avons rejetée, s'est nettement prononcée en ce sens.

« Attendu, dit-elle, que l'hypothèque qui doit frapper les biens à venir est nécessairement demeurée conventionnelle, et soumise en conséquence aux conditions de spécialité qui constituent cette espèce d'hypothèque;

« Attendu qu'une hypothèque conventionnelle, pour prendre rang entre les créanciers, doit être rendue publique au moyen d'une inscription portant l'énonciation de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels le créancier entend la conserver; qu'ainsi l'inscription prise en vertu d'une hypothèque sur les biens à venir du débiteur, consentie conformément aux dispositions de l'article 2130, doit présenter ces énonciations, puisqu'elle est conventionnelle, et que la loi n'a dispensé de cette formalité que les hypothèques légales et judiciaires, avec lesquelles on ne peut la confondre;

« D'où il suit qu'il y a, pour le créancier qui veut assurer les effets d'une semblable hypothèque sur les biens à venir de son débiteur, nécessité de prendre inscription sur ces biens à mesure de leur acquisition et que toute inscription intervenue auparavant, ne pouvant réunir les éléments de spécialité exigés, ne remplirait pas le vœu de la loi et ne

pourrait obtenir, en conséquence, aucun rang entre les autres créanciers inscrits. »

Une fois l'inscription valablement prise sur les biens à venir, le paiement de la créance peut-il être poursuivi indifféremment sur les biens présents et sur les biens à venir?

Cette question est controversée, les partisans de la négative font le raisonnement suivant : dès lors qu'il est admis que l'hypothèque des biens à venir n'est valable qu'autant que les immeubles présents sont insuffisants, il est logique d'obliger le créancier à saisir d'abord les biens présents et de ne l'autoriser à poursuivre le paiement de sa créance sur les biens survenus à son débiteur postérieurement à la constitution d'hypothèque que dans le cas où les biens que celui-ci possédait au jour du contrat n'ont pas suffi à le désintéresser.

Cette opinion a été admise par la Cour de Nancy dans un arrêt du 22 août 1867 (1).

« Attendu, dit cette Cour, que l'hypothèque des « biens à venir est subsidiaire et ne produit effet « qu'autant que le créancier ne parvient pas à se faire « payer sur le prix des biens présents. »

Pour nous, une fois l'inscription valablement prise sur les biens à venir, ces derniers sont affectés au paiement de la dette au même titre que les immeubles présents. Quand nous disons que l'hypothèque

(1) Dalloz, 1868, 2, 117.

des biens à venir n'est que subsidiaire, nous entendons par là qu'il est interdit d'hypothéquer inutilement ses biens à venir, mais quand la nécessité d'y recourir s'est fait sentir, que cette hypothèque a été valablement constituée et qu'elle a été inscrite utilement, ses effets sont aussi pleins que ceux de toute autre hypothèque.

Le caractère subsidiaire s'expliquait pour ne permettre que des hypothèques sur biens à venir en cas d'insuffisance de biens présents; il perd toute raison d'être quand il s'agit de savoir quels biens seront poursuivis. L'immeuble acquis depuis la constitution d'hypothèque peut être exproprié au même titre que l'immeuble antérieurement possédé.

Le créancier est libre de choisir l'immeuble sur lequel il veut poursuivre le recouvrement de sa créance, de même que si plusieurs biens présents lui avaient été affectés.

Comme le dit fort justement M. Colmet de Santerre (1): « Dans les conditions de l'article 2130, quand plusieurs immeubles se trouveront frappés de l'hypothèque, nous ne voyons pas qu'aucune disposition de la loi contraigne le créancier à la nécessité de se faire colloquer plutôt sur tel immeuble que sur tel autre, et le dépouille du droit, qui appartient à tout créancier ayant plusieurs hypothèques, de choisir l'immeuble sur lequel il veut exercer son droit. »

(1) *Op. cit.*, t. IX, n° 97 *bis*, III.

§ II

De son rang

« Entre les créanciers, nous dit l'article 2134, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi, sauf les exceptions portées en l'article suivant. »

L'hypothèque de l'article 2130 n'étant pas au nombre des exceptions prévues par l'article 2135, la règle générale lui est applicable, elle prendra rang du jour de son inscription.

Nous avons vu précédemment que cette inscription ne pouvait être prise sur les biens à venir qu'au fur et à mesure de leur acquisition. Nous avons montré les inconvénients que présentait notre loi à ce sujet. MM. Baudry et de Loynes (1) nous montrent très bien la différence entre un créancier ayant une hypothèque légale générale ou une hypothèque judiciaire et celui ayant une hypothèque conventionnelle sur les biens à venir : « L'inscription requise par le premier, disent ces auteurs, saisit les immeubles nouvellement acquis par le débiteur au moment même où ils entrent dans le patrimoine de celui-ci et prend rang aussitôt. Au contraire, le créancier bé-

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 744.

néficiaire d'une hypothèque conventionnelle sur les biens à venir est obligé de requérir une nouvelle inscription et son hypothèque ne prendra rang qu'à la date de celle-ci. Il arrivera donc nécessairement que le créancier à hypothèque générale, primé sur les biens présents du débiteur par un créancier à hypothèque conventionnelle, primera ce dernier sur les biens à venir également affectés à sa garantie. »

L'application de l'article 2134 à l'hypothèque des biens à venir blesse l'équité et cette disposition a été vivement combattue par des motifs tirés de l'intérêt du créancier et du débiteur. Bigot-Préameneu (1) disait, dans la discussion au Conseil d'État : « Il est vrai que si on avait maintenu cette règle (la faculté d'hypothéquer les biens à venir), il aurait fallu donner au créancier un délai pour s'inscrire sur les biens nouvellement acquis de son débiteur, et que cette hypothèque aurait dû remonter au temps de la première inscription. »

M. Thézard (2) propose comme remède d'accorder au créancier investi de cette hypothèque un délai pour se faire inscrire après l'acquisition du bien par le débiteur, ce qui lui donnerait alors, s'il s'inscrivait dans le délai, rang d'origine à l'encontre des hypothèques générales.

Il est bien entendu que ce rang d'origine ne

(1) Locré, *op. cit.*, t. XV, p. 138.
(2) Thézard, *op. cit.*, n° 66.

pourrait pas être opposé aux créanciers ayant reçu hypothèque du chef du précédent propriétaire, bien que cette hypothèque fût postérieure à celle sur biens à venir accordée par l'acquéreur ; l'immeuble entre dans le patrimoine du débiteur affecté des charges qui le grevaient aux mains des propriétaires antérieurs, c'est cet immeuble tel qu'il se comporte, qui est le gage hypothécaire des créanciers.

§ III

De sa réduction

L'hypothèque conventionnelle des biens à venir constituée conformément à l'article 2130 est-elle susceptible de réduction ?

L'article 2161, après avoir déclaré que les hypothèques légales générales et les hypothèques judiciaires pouvaient être réduites, défend la réduction des hypothèques conventionnelles. L'hypothèque constituée en vertu de l'art. 2130, étant conventionnelle, n'est pas susceptible de réduction.

Cependant certains auteurs (1) ont soutenu que la réduction était ici applicable. L'article 2161, disent-ils, distingue deux espèces d'hypothèques : les hypothèques générales et les hypothèques spéciales, il permet la réduction pour les premières et la défend pour les dernières. Or l'hypothèque prise

(1) Merlin, *Répertoire*, v° *Radiation des Hyp.*, § 12; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 399; Grenier, *op. cit.*, t. I, p. 135.

en vertu de l'article 2130 est une hypothèque générale qui s'étend sur tous les biens présents et sur tous les biens à venir, donc elle peut être réduite.

Il semble, en effet, qu'il y ait une certaine analogie entre ces hypothèques; les unes et les autres portent sur la totalité des immeubles du constituant. Mais cette analogie n'est qu'apparente et la loi, en prenant soin d'expliquer, dans l'art. 2130, ce qu'elle n'a pas fait pour les hypothèques légales et judiciaires, que c'est à mesure des acquisitions que les biens à venir demeureront affectés, a clairement fait entendre qu'elle ne dispensait le créancier que de l'obligation de recourir à une nouvelle convention pour obtenir une hypothèque sur ces biens.

Les auteurs du Code civil, en permettant d'hypothéquer exceptionnellement les biens à venir, n'ont pas voulu changer la nature de l'hypothèque conventionnelle et en faire dans ce cas une hypothèque générale. C'est en connaissance de cause aussi qu'ils ont décidé que les hypothèques conventionnelles ne pourraient être réduites. Le projet de rédaction de l'art. 2130 présenté par la Cour de cassation se terminait ainsi : « Sans préjudice de faire réduire les inscriptions excessives que le créancier aurait faites en conséquence (1). » Dans la rédaction définitive de cet article, cette partie finale a disparu.

(1) Fenet, *op. cit.*, t. II, p. 360.

Si le législateur avait permis la réduction des hypothèques conventionnelles, il eût porté une atteinte grave au principe qu'il avait formulé dans l'art. 1134 : les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. MM. Aubry et Rau (1), pour admettre la réduction de l'hypothèque de l'article 2130, se fondent sur l'intention même des contractants. Les parties, disent ces auteurs, en constituant et en acceptant une hypothèque sur les biens à venir ne sont censées avoir voulu le faire que dans la mesure nécessaire pour garantir pleinement la créance. Nous rejetons cette opinion ; les parties, en contractant une hypothèque sur les biens à venir, avaient la faculté de déterminer à leur gré l'étendue de l'hypothèque, de grever tous les biens à venir sans limitation ou de n'en grever qu'une partie. Si, dans le contrat, les parties n'ont pas restreint l'hypothèque à certains biens, c'est sans doute parce qu'elles ne l'ont pas voulu. Prétendre le contraire, c'est méconnaître la volonté des parties contractantes et violer l'article 1134 C. c.

Les hypothèques générales elles-mêmes, lorsqu'elles ont été réduites volontairement, ne sont pas susceptibles d'une réduction judiciaire ; en effet, nous savons que toute inscription peut être réduite ou radiée du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet (art. 2159) ; or lorsqu'une

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, p. 399.

hypothèque judiciaire ou légale a été ainsi réduite volontairement; la loi, reconnaissant un contrat dans la limitation fixée par les parties, interdit dès lors la réduction judiciaire et tous les articles qui autorisent cette réduction ont soin de la limiter au cas où il n'y a pas eu réduction volontaire. C'est ainsi que l'art. 2161 s'applique seulement lorsque le créancier a le droit de prendre des inscriptions sans limitation convenue ; l'article 2143, seulement lorsque l'hypothèque n'a pas été restreinte par l'acte de nomination du tuteur.

Pour admettre la réduction de l'hypothèque conventionnelle des biens à venir, Grenier invoque un autre motif : lorsque, dit-il, le débiteur ne peut régler lui-même les limites de l'hypothèque conventionnelle par l'effet de l'ascendant que le créancier prend sur lui, c'est le cas d'invoquer l'esprit de l'art. 2161. Nous répondrons à Grenier que si l'on admettait la réduction de cette hypothèque pour ce motif, ce serait admettre l'annulation partielle de la convention pour cause de lésion ; or nous savons que l'annulation pour cause de lésion n'existe dans notre droit qu'en cas de vente ou de partage.

L'intention du législateur de ne pas autoriser la réduction de l'hypothèque de l'art. 2130 ressort très nettement du rapport de Bigot-Préameneu au Conseil d'État (1).

(1) « Comment a-t-on pu imaginer de donner le droit d'enlever au

créancier actuel une partie de son gage pour laisser au débiteur la faculté de l'appliquer à d'autres dettes ?... Le débiteur serait-il recevable à revenir sur son propre fait ? Serait-ce sous prétexte de lésion ? Mais il a été reconnu que cette action n'a lieu que dans le cas de partage ou de vente d'immeubles ; il y a une différence décisive entre la vente et l'hypothèque... Dans quelle situation placera-t-on le débiteur qui demandera la réduction ? Sera-ce simplement pour lui procurer la faculté de faire d'autres emprunts ? mais il serait trop déraisonnable de permettre au débiteur de violer son contrat pour se réserver une faculté éventuelle. Supposera-t-on que le débiteur ne demande la réduction que pour procurer à un créancier postérieur existant une plus grande sûreté ? Ce ne serait plus le débiteur, mais ce créancier auquel l'action pourrait appartenir, s'il n'y avait pas une injustice évidente à la lui accorder. » (Locré, t. XVI, p. 142.)

CHAPITRE V

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

L'hypothèque conventionnelle des biens à venir, telle qu'elle est établie par notre article 2130, a été étendue avec notre Code civil à une partie de l'Europe, mais la plupart de ces pays ont supprimé la disposition de l'art. 2130.

En Espagne, la loi du 8 février 1861 (art. 9 et 12) (1), prohibe l'hypothèque des biens à venir. La publicité est assurée par des registres fonciers destinés à l'inscription de tous droits réels immobiliers et nul ne peut hypothéquer un bien avant de l'avoir fait transcrire à son nom.

Le Code civil du Portugal, promulgué en 1867, a décidé que les hypothèques volontaires ne pouvaient grever que des biens certains et déterminés (art. 911).

En Italie, le Code civil des deux Siciles reproduisait la disposition de notre art. 2130, mais il a été abrogé après l'unification de l'Italie; l'art. 1977 du

(1) Conf. Lehr, *Droit civil espagnol*, nos 413 et suivants.

nouveau Code de 1865 prohibe d'une façon absolue l'hypothèque conventionnelle des biens à venir (1).

En Belgique, le mouvement de réforme s'est produit en même temps qu'en France; il a abouti à la loi du 16 décembre 1851. L'art. 78 de cette loi reproduit à peu de chose près l'art. 2129 du Code civil; il prohibe, en général, l'hypothèque des biens à venir, et comme la loi Belge ne parle pas de l'exception de l'art. 2130, la prohibition reste absolue (2).

En Pologne, le Code Napoléon a été conservé, mais la première réforme dont il a été l'objet a supprimé l'hypothèque des biens à venir (loi du 16 avril 1818).

En Allemagne, le procédé général d'organisation des livres fonciers entraîne comme conséquence directe et nécessaire la spécialité de l'hypothèque. En effet, chaque hypothèque devant être inscrite sur le feuillet consacré à l'immeuble qu'elle frappe, son effet se restreint à cet immeuble; l'hypothèque des biens à venir est donc matériellement impossible avec ce système (3).

(1) Huc et Orsier, *le Code civil italien et le Code Napoléon*, t. II; *Code civil Italien* du 2 avril 1865 (traduction Orsier).

(2) Antoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les Codes civils*, t. II, n° 55.

(3) La législation sur ce point est actuellement établie par une loi Prussienne du 5 mai 1872 (Lehr, *Droit civil Germanique*, t. I, n°s 109 à 119). Cette loi est presque entièrement reproduite dans le nouveau Code civil allemand du 18 août 1896, qui aura force de loi dans l'empire le 1er janvier 1900 (voir traduction de Maulenacre).

L'Autriche-Hongrie a un régime hypothécaire analogue à celui de l'Allemagne depuis la loi du 25 juillet 1871 (1).

L'Alsace-Lorraine n'est pas encore soumise au régime hypothécaire de l'Allemagne, bien qu'on l'achemine vers cette voie; elle est actuellement régie sur ce point par deux lois spéciales : la première du 24 juillet 1889 pour les communes où la révision du cadastre n'a pas été faite, et celle du 22 juin 1892 pour les autres communes. Ces deux lois ne permettent pas l'hypothèque conventionnelle des biens à venir (2).

Dans le Monténégro, le nouveau Code civil, promulgué en 1888, adopte la règle de la spécialité d'une manière absolue; il prohibe par conséquent l'hypothèque sur biens futurs.

Dans le Palatinat (loi du 26 avril 1888), le principe de la spécialité est rigoureusement formulé. Suivant l'art. 4 : « L'inscription des privilèges et hypothèques ne peut être prise que pour un capital déterminé et sur un immeuble spécialement désigné. » L'hypothèque des biens à venir est par le fait implicitement prohibée puisqu'il n'y a de désignation possible que pour les immeubles présents.

Dans le Wurtemberg (loi du 18 avril 1825), l'hy-

(1) *Annuaire de législation étrangère*, année 1875, p. 232.
(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1892, pp. 331 et suiv.

pothèque ne s'acquiert que par l'inscription sur les registres publics ; elle ne peut être consentie que sur des biens « positivement et spécialement désignés ». Jamais la fortune présente et future d'un débiteur ne peut être grevée d'une hypothèque générale.

La Suisse compte vingt-neuf législations hypothécaires différentes, mais toutes s'accordent pour appliquer le principe de la spécialité et repousser toute hypothèque sur biens futurs (sauf celles du Tessin et de Genève) (1).

Un des derniers Codes civils promulgués, celui du Japon, qui date de 1890, interdit aussi toute constitution d'hypothèque générale ; celle même spéciale sur les biens à venir l'est également (2).

Il faut mettre à part le régime anglais, où, en matière hypothécaire, on est encore au vieux droit Normand suivant lequel l'hypothèque se constitue sous la forme d'une vente à réméré, procédé connu sous le nom de mort-gage. Il consiste en un transfert de propriété au créancier, transfert auquel le débiteur ne peut mettre fin qu'en remboursant le principal de la créance, les intérêts et les frais. Il est donc nécessairement spécial quant aux biens

(1) *Annuaire de législation étrangère,* année 1885, p. 536; année 1888, p. 677.

(2) Voir Boissonnade, *Code civil japonais,* art. 207 et suiv., pp. 441 et suiv.

engagés et l'hypothèque des biens à venir se trouve par ce fait prohibée (1).

Par ce rapide aperçu de droit comparé, nous voyons que l'hypothèque conventionnelle des biens à venir a disparu de presque toutes les législations étrangères. Elle a subsisté cependant dans quelques contrées. Nous avons déjà vu que les cantons du Tessin et de Genève admettaient une hypothèque générale portant sur tous les biens présents et à venir du débiteur.

Les provinces Baltiques de Courlande et de Livonie sont soumises à une législation spéciale (Code Baltique 1864, art. 1607-1610). On y admet les hypothèques générales, mobilières et immobilières. Elles ne sont d'ailleurs pas occultes et ne deviennent opposables aux tiers que par l'inscription. Cette inscription peut porter dès le début sur les biens futurs.

(1) Lehr, *Eléments du droit civil anglais.*

CHAPITRE VI

§ I

Critique de l'hypothèque conventionnelle des biens à venir telle qu'elle est admise par le Code civil

Le premier reproche que l'on puisse faire à l'art. 2130 c'est de permettre l'hypothèque des biens à venir à ceux qui possèdent des immeubles et de la refuser à ceux qui n'en possèdent pas. Ce sont justement ces derniers qui auraient le plus besoin que la loi vienne à leur secours, parce que, riches seulement d'espérances, ils n'ont aucun bien présent à offrir en garantie à leurs créanciers. La Cour royale de Grenoble, appelée en 1841 à donner son avis sur les réformes à opérer en matière hypothécaire, disait en parlant de l'art. 2130 : « Le cas où le débiteur n'a pas de biens présents doit être assimilé à celui où ses biens présents n'offrent pas une garantie suffisante (1). » La Cour de Montpellier s'exprimait dans le même sens.

En second lieu, on peut considérer qu'il y a un très grand danger pour le créancier à ne pouvoir

(1) *Documents hypothécaires*, t. III, p. 338.

rendre son hypothèque efficace par l'inscription qu'au fur et à mesure des acquisitions faites par le débiteur. Nous avons signalé ce danger au cours de cette étude, nous n'y reviendrons pas. La Cour de Paris, pour obvier à cet inconvénient, proposait d'ajouter à l'art. 2130 une disposition qui fixerait le délai dans lequel le créancier devrait s'inscrire après chaque acquisition faite par le débiteur et donner à l'inscription prise dans ce délai un effet rétroactif (1). La Cour d'Angers proposait de faire la substitution suivante : au lieu de ce dernier membre de phrase : « y demeure affecté au fur et à mesure des acquisitions, » il faudrait insérer dans l'art. 2130 cette disposition : « y demeure affecté de même que si l'hypothèque était générale (2). »

Enfin l'hypothèque conventionnelle des biens à venir telle qu'elle est permise par le Code civil présente le très grand inconvénient de ne pouvoir être réduite. Avec le système actuel, il peut arriver qu'un débiteur ayant hypothéqué ses biens futurs vienne à recevoir, soit par donation, soit par legs, de nombreux immeubles. La valeur de ces immeubles peut être de beaucoup supérieure au montant de sa dette, et cependant ils seront tous atteints par l'hypothèque. On immobilise ainsi inutilement la plus grande partie de ces biens.

(1) *Documents hypothécaires*, t. III, p. 340.
(2) *Ibid.*, p. 335.

Il est vrai que les parties, au moment du contrat, peuvent, par une stipulation expresse, limiter le nombre des immeubles à venir sur lesquels portera l'hypothèque, et proportionner l'affectation hypothécaire à la créance garantie. Mais la plupart du temps elles ne l'auront pas fait parce qu'elles n'auront pas été assez prévoyantes. La Cour d'Agen signalait cet inconvénient et pensait qu'il était juste d'autoriser le débiteur, qui acquérait par la suite des biens plus que suffisants pour répondre de la sûreté de la créance, à demander la réduction de l'inscription (1).

En raison de ces nombreux inconvénients, l'hypothèque conventionnelle des biens à venir au cas d'insuffisance des biens présents est rarement employée dans la pratique. On lui préfère presque toujours l'hypothèque judiciaire. Avec cette dernière, il n'est plus nécessaire, comme dans l'hypothèse de l'article 2130, que le débiteur possède des biens présents pour pouvoir hypothéquer ses biens futurs. En second lieu, l'hypothèque judiciaire peut être inscrite et prendre rang immédiatement après le jugement rendu, et une seule inscription suffit pour tous les immeubles présents du débiteur situés dans l'arrondissement où elle est prise. Quant aux immeubles à venir, l'hypothèque prendra aussi rang à la date de cette inscription (2).

(1) *Documents hypothécaires*, t. III, p. 338.

(2) Mais, objecte-t-on, l'hypothèque ne peut pas frapper un bien avant que ce bien appartienne au débiteur (Delvincourt, t. III, p. 318 ; Duranton, t. XIX, p. 825). Sans doute l'hypothèque ne peut exister

Enfin l'hypothèque judiciaire est susceptible de réduction (art. 2161). Si le débiteur acquiert des immeubles dont la valeur soit supérieure au montant de sa dette, il pourra obtenir que l'hypothèque judiciaire soit restreinte à certains immeubles suffisants pour la garantie de son créancier. Si nous considérons d'autre part que l'hypothèque judiciaire résulte non seulement des jugements de condamnation, mais qu'elle s'attache aussi aux jugements de reconnaissance ou de vérification d'écritures, nous voyons qu'elle présente un moyen véritablement facile d'éluder la prohibition de l'hypothèque conventionnelle des biens à venir, de sorte que les art. 2130 et 2131 ne présentent plus aucune utilité : « Pour arriver à ce résultat, nous dit la faculté de Strasbourg (1), il suffit que l'emprunteur souscrive un billet à vue ou une reconnaissance apparemment à terme, mais rendue immédiatement exigible, au moyen d'une antidate, et que, de son consentement, le prêteur prenne un jugement de condamnation et même de simple reconnaissance de signature. Que l'on ne dise pas, ajoute-t-elle, que cette supposition ne se réalise

sur un bien avant que ce bien ne soit entré dans le patrimoine du constituant, mais l'hypothèque peut avoir un rang avant de prendre naissance. Le rang d'une hypothèque est indépendant de la date de la naissance de cette hypothèque, le rang est déterminé par l'inscription (art. 2134).

(1) *Documents hypothécaires*, t. III, p. 283.

pas dans la pratique, l'abus que nous signalons est extrêmement fréquent. »

§ II

Réforme à introduire dans notre législation

On peut se demander, disent certains auteurs, si les inconvénients de l'art. 2130 n'ont pas été exagérés et son utilité complètement méconnue. Pour empêcher certains dissipateurs de dilapider leur fortune et de se ruiner à l'avance, est-il raisonnable d'enlever aux gens laborieux, intelligents et honnêtes, la faculté de se procurer un crédit et de faire face à leurs engagements (1)?

Déjà au sein du Conseil d'État, on répétait ces critiques en défendant l'art. 2130. « Quel a pu être, y disait-on, le motif pour autoriser celui qui s'engage à hypothéquer les biens futurs, si ce n'est de procurer à chacun, soit pour seconder son industrie, soit pour subvenir à ses besoins, ou réparer des malheurs, tous les moyens qu'il a d'inspirer confiance? Non seulement ses biens actuels, mais encore sa bonne conduite, sa probité, son travail, ses talents, les biens que l'ordre de la nature doit transmettre, composent l'actif qu'il peut offrir pour gage. »

On ne peut nier, ajoute-t-on, que cette hypothèque

(1) *Documents hypothécaires*, t. III, p. 340.

soit un instrument de crédit ; il est vrai que, pour la mettre en harmonie avec les principes actuels, on l'a privée d'une partie de son utilité en l'assujettissant à l'inscription et que la nécessité des autres conditions auxquelles elle est soumise crée pour le créancier des difficultés et des écueils redoutables. Mais toute hypothèque, quelque précaire qu'elle soit constitue une sûreté, et cette sûreté a une valeur puisque quelques-uns s'en contentent.

L'art. 2130 a été vivement défendu par Fouet de Conflans (1). Cet auteur estime que, non seulement l'autorisation, accordée aux débiteurs dont la fortune immobilière est insuffisante, d'hypothéquer leurs biens à venir ne doit pas être abrogée ; mais qu'il serait à propos de l'étendre à ceux qui ne possèdent aucun bien, et que l'inscription prise en vertu d'une obligation de cette nature devrait porter sur les biens à venir sans qu'il soit nécessaire d'en prendre de nouvelles à mesure des acquisitions faites par le débiteur.

D'un autre côté, l'art. 2130 a été l'objet de nombreuses critiques. En 1841, les facultés de droit et les cours d'appel, appelées à donner leur opinion motivée sur les réformes à opérer en matière hypothécaire, se prononcèrent presque unanimement pour sa suppression. L'exception, écrite dans l'art. 2130, disait la faculté de Caen, doit être écartée

(1) *Réforme hypothécaire*, pp. 93 et 193.

elle n'est dans la plupart de ces cas qu'un pacte sur succession future. Elle favorise les honteuses spéculations contre les fils de famille, et jusqu'ici elle ne semble avoir profité qu'aux usuriers. Les autres facultés et les cours d'appel s'exprimaient dans le même sens.

En 1850, l'art. 2130 aurait disparu définitivement si le projet de réforme hypothécaire qui avait été discuté avait abouti. M. de Vatimesnil disait en effet dans son rapport (1) : « La faculté accordée par l'art. 2130 est presque nulle dans la pratique des affaires, et si l'on en usait elle serait peu morale. Quel est, en effet, l'individu qui peut se faire un moyen de crédit de ses biens à venir? En général, c'est le fils de famille, qui escompte ainsi d'avance la succession de ses parents. Et quels sont les hommes qui peuvent consentir à lui prêter un gage aussi éventuel ? Trop souvent des usuriers qui trouvent dans l'énormité de l'intérêt ou dans les stipulations frauduleuses l'équivalent du risque auquel ils s'exposent. »

En 1896, M. Darlan, garde des sceaux, déposait un projet de loi au bureau du Sénat sur la réforme du régime hypothécaire. Dans ce projet l'hypothèque des biens à venir est prohibée d'une façon absolue. Les deux exceptions apportées par les art. 2130

(1) Rapport de M. de Vatimesnil au nom de la commission de l'Assemblée législative, p. 20.

et 2131 du Code civil à la règle qui prohibe l'hypothèque conventionnelle sur les biens à venir disparaissent (1). Nous approuvons pleinement le projet de M. Darlan sur ce point. Il ne se contente pas de faire disparaître l'hypothèque conventionnelle des biens à venir en écartant les deux exceptions prévues par le Code civil, il rend efficace le principe posé par l'art. 2129 *in fine*, en supprimant l'hypothèque judiciaire (2).

Si cependant des difficultés analogues à celles qui se sont présentées lors de la troisième délibération, en 1850 (3), poussent au maintien de l'hypothèque judiciaire, nous demandons qu'elle soit restreinte aux biens présents et qu'elle ne s'étende pas aux biens à venir.

Vu : *le Président de la thèse*
C. DE LA MÉNARDIÈRE.

Vu : *Le Doyen*
LE COURTOIS.

VU : ET PERMIS D'IMPRIMER
Poitiers, le 13 juin 1898.

Le Recteur,
H. CONS.

(1) *Lois nouvelles*, n° du 1er juillet 1897, p. 133.

(2) Nous avons vu en effet que l'on arrivait à éluder la prohibition de l'hypothèque conventionnelle des biens à venir grâce à l'hypothèque judiciaire.

(3) *Moniteur universel*, année 1850, pp. 3612 et 3625; année 1851, p. 517.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE I

Historique 1

CHAPITRE II

Prohibition de l'hypothèque conventionnelle des biens à venir 18

Section première. — § I. — De l'hypothèque générale des biens à venir 18
§ II. De l'hypothèque spéciale des biens à venir.... 26
Section deuxième. — Que faut-il entendre par biens à venir ? 30
§ I. — Biens considérés comme biens à venir et par conséquent non susceptibles d'hypothèque..... 31
§ II. — Biens non considérés comme biens à venir et par conséquent susceptibles d'hypothèque..... 34

CHAPITRE III

Exceptions... 43

Section première. — Exception prévue par l'art. 2130... 43
§ I. — Conditions exigées pour hypothéquer valablement les biens à venir..... 44
§ II. — Biens à venir qui peuvent être hypothéqués. 66
§ III. — Les biens à venir peuvent-ils être hypothéqués en partie?..... 70
§ IV. — Qui peut hypothéquer ses biens à venir ?... 71
§ V. — Nature de l'hypothèque conventionnelle des biens à venir..... 72
Section deuxième. — Exception prévue par l'art. 2131.. 74
§ I. — Hypothèse prévue par cet article..... 75
§ II. — A qui appartient l'option entre le remboursement et le supplément d'hypothèque..... 78

§ III. — Le supplément d'hypothèque peut être fourni en biens à venir..... 80
§ IV. — Conditions requises pour l'application de l'art. 2131..... 82
§ V. — L'art. 2131 est-il applicable aux hypothèques légale et judiciaire ?..... 85
§ VI. — Cas où l'art. 2131 n'est pas applicable..... 87

CHAPITRE IV

§ I. — De l'inscription de l'hypothèque conventionnelle des biens à venir..... 95
§ II. — De son rang..... 107
§ III. — De sa réduction..... 109

CHAPITRE V

Législations étrangères..... 114

CHAPITRE VI

§ I. — Critique du système du Code civil..... 119
§ II. — Réforme à introduire dans notre législation. 123

Poitiers. — Imp. Blais et Roy, 7, rue Victor-Hugo.